رسائل جامعية (٤)

الضرر في الفقه الإسلامي

تعريفه، أنواعه، علاقاته ضوابطه، جزاؤه

د. أحمد موافي

المجلد الأول

دار ابن عفان للنشر والتوزيع

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار ابن عفان للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية - الخبر - العقربية
شارع أبو حدرية - تقاطع الشارع العاشر
ت: ٨٩٨٧٥٠٦ - فاكس: ٨٩٩٢٧٤٣
ص ب: ٢٠٧٤٥ - رمز بريدي: ٣١٩٥٢

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الفصل الثاني:

أنواع الضرر في العلاقات المختلفة ومدى اعتبار الشريعة لذلك

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
- عرض وجهة ابن رجب الحنبلي بخصوص العمل بحديث «لا ضرر»	٣٠٦
هـ - المذهب الظاهري:	
- وجهة ابن حزم في العمل بحديث «لا ضرر» فيما يتصل بالحقوق العقارية وحقوق الارتفاق، والرد على ذلك	٣١٢
و - مذهب الشيعة الإمامية:	
- وجهة مذهب الإمامية بخصوص العمل بهذا الحديث والرد على ذلك	٣١٧
* خلاصة موقف مذاهب الفقه الإسلامي من العمل بحديث «لا ضرر ولا ضرار» فيما يتصل بالحقوق العقارية، وحقوق الارتفاق، والوجهة التي يرتضيها البحث في ذلك	٣٢٣
المبحث الرابع: الضرر في باب الجنايات	(٣٢٨ - ٣٦٠)
المطلب الأول: الجنايات بالمباشرة:	
١ - تعريف المباشرة	٣٢٩
٢ - مدى تأثير العمد في اعتبار الجناية بالمباشرة ضرراً موجباف للضمان	٣٣٠
٣ - مدى تأثير العلم في اعتبار الجناية بالمباشرة ضرراً موجباً للضمان	٣٣٣
المطلب الثاني: الجنايات بالتسبب:	
١ - تعريف التسبب	٣٣٤
٢ - أقسام الجناية بالتسبب	٣٣٦
٣ - ضوابط اعتبار الجناية بالتسبب ضرراً موجباً للضمان	٣٣٨
المطلب الثالث: فروع تطبيقية لأنواع الضرر في باب الجنايات:	
الفرع الأول: جناية الطبيب وما يكون منها ضرراً موجباً للضمان، وما لا يكون	٣٤٠
الفرع الثاني: جناية الحيوان (مسألة إتلاف المواشي والدواب المزارع والبساتين)	٣٤٦
الفرع الثالث: جناية الأبنية والحيطان وما يكون منها ضرراً موجباً للضمان وما لا يكون	٣٥٥

الموضوع	الصفحة

الفصل الثالث:

العلاقة بين الضرر وبعض المصطلحات الأصولية

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ * الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ * إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ * اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ * صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلا الضَّالِّينَ ﴾ .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمداً عبدالله ورسوله وصفيه وخليله – صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً – .

وبعـد :

فإن المتتبع للفقه الإسلامى على اختلاف مذاهبه يدرك – من خلال النظر الموضوعى – **أولاً** : أن كل ما انتهى إليه هذا الفقه من أحكام فى مناحى الحياة المختلفة يرجع إلى هذا الأصل الكلى « **لا ضـرر ولا ضـرار** » . فدفع الإضرار – ما أمكن الدفع – مقرر تشريعى يصدر عنه هذا الفقه؛ لأن صيانة الإنسان عن إنزال الضرر به وإيلامه بأى وجه من وجوه الإيلام أصل ثابت فى الإسلام .

ويدرك **ثانيًا** : أن هذا الأصل يؤلف نظامًا موضوعيًا لهذا المفهوم الحقوقى : مفهوم عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه فى دينه ، أو نفسه (جسمًا ، أو عاطفة) ، أو عقله ، أو عرضه ، أو ماله . . . ، وذلك بالمنع من الضرر ابتداء (بكل طرق الوقاية) ، والحكم برفعه بعد الوقوع ،

والنظر فى الأثر المترتب عليه جبراً للمضرور ومؤاخذة لمحدث الضرر .

ويظهر هذا الذى تقدم بصورة عملية من خلال تقعيد الفقهاء - تفريعًا على أصل « **لا ضرر. . .** » - قاعدة « الضرر يزال » التى يبنون عليها أكثر أبواب الفقه ويحكمونها فى مسائله التى تنتظم كل قطاعات الحياة ، بل إن فقيهًا أصوليًا نظاراً كبيراً كتاج الدين السبكى يرى - بحق - أنه يكفى إرجاع الفقه الإسلامى كله إلى هذه القاعدة المفرعة على أصل « **لا ضرر** » .

ومن هنا فقد عزمت على دراسة هذا الأصل « **لا ضرر ولا ضرار** » باعتباره ركيزة رئيسة يصدر عنها الفقه الإسلامى - على اختلاف مذاهبه - فى كل ما يعرض له من مسائل ، وذلك على النحو الذى يؤكد من صواب ما سبق من أن هذا الأصل يؤلف نظامًا حقوقيًا موضوعيًا - وهو ما يعبر عنه فى الاصطلاح الحقوقى المعاصر بـ « النظرية » - ينتظم الفروع الفقهية المنبثة فى أبواب الفقة المختلفة.

وأكد من هذا العزم فى نفسى أنه يثبت بهذه الدراسة - لا للمسلمين وحدهم بل للبشرية جمعاء - أن التحاكم إلى الفقه الإسلامي، والنزول على أحكامه يحقق للإنسان - بقطع النظر عن اختلاف الدين - العصمة عن الإضرار به ، وصيانته وسلامته عن الإيلام أيٍّ وجه من وجوه الإيلام.

كذلك فإنه كان من بواعث هذه الدراسة : أني وجدت الدراسات الفقهية المعاصرة تقف عند مجرد ما ينبنى على الضرر من الجزاء التعويضى (الضمان) ، ولا تتجاوز ذلك إلى حيث بيان حدود هذا الضرر وضوابط اعتبار الفقه الإسلامى له ، بل لا تتجاوز ذلك إلى حيث جزاء الضرر

العيني وجزاؤه العقابي ، فأردت أن أبذل هذه المحاولة من الدراسة تكميلاً وتتميمًا للمحاولات التي عنيت بالجزاء التعويضي ، وليكون مجموع هذه المحاولات قد بلغ مبلغ السداد والرشاد في تقريب وجهة الفقه الإسلامي بخصوص موضوع الضرر : تعريفه ، أنواعه ، العلاقة بينه وبين أدلة التشريع وقواعده الأصولية ، العلاقة بينه وبين المبادئ والقواعد الفقهية ، ضوابط اعتباره ، ما ينبني عليه من الجزاء.

وقد جاءت هذه الدراسة في ستة فصول وخاتمة .

أما الفصل الأول : فقد عرضت فيه الدراسة لتعريف الضرر ، وذلك من خلال خمسة مباحث ، خصص المبحث الأول منها لبيان هذا العدد من المعاني الذي تدل عليه مادة « ضرر » ومشتقاتها في المعاجم العربية ، وخصص المبحث الثاني منها لبيان وجوه استعمالات القرآن الكريم لنفس هذه المادة ومشتقاتها ؛ ذلك أن القرآن استعمل مادة « ضرر » ومشتقاتها في اثنين وسبعين موضعًا علي وجوه عدة ، وخصص المبحث الثالث لبيان أبرز الدلالات التي استعملت فيها السنة مادة « ضرر » ومشتقاتها ، وخصص المبحث الرابع لبيان استعمالات مادة « ضرر » ومشتقاتها في الآثار الموقوفة علي الصحابة والتابعين ، وخصص المبحث الخامس لبيان معني الضرر في اصطلاح علماء الفقه والأصول ومناقشة ذلك مناقشة انتهت بنا إلي التعريف المختار للضرر ، والذي ختم به هذا الفصل.

وأما الفصل الثاني : فقد عرضت فيه الدراسة لأنواع الضرر في العلاقات المختلفة ومدي اعتبار الشريعة لكل نوع منها ، وتضمن هذا الفصل خمسة مباحث ، تناول المبحث الأول منها الضرر في العلاقات الأسرية ، وذلك من خلال مطلبين ، الأول : الضرر في العلاقات الزوجية ،

والثاني : الضرر في العلاقات بين الآباء والأبناء .

أما المطلب الأول : الضرر في العلاقات الزوجية ، فقد انتظم ستة فروع رئيسة :

الفرع الأول : الإخلال بحق العشرة بالمعروف .

الفرع الثاني : إخلال المرأة بحق زوجها في التمكين من الوطء.

الفرع الثالث : إخلال المرأة بحق زوجها في القرور في البيت بأن تخرج بغير إذنه .

الفرع الرابع : إخلال الرجل بحق زوجه في القسم .

الفرع الخامس : إخلال الرجل بحق المرأة في الولد بأن يعزل عنها بغير رضاها .

الفرع السادس : إخلال الرجل بحق زوجه في الإنفاق عليها بالمعروف بأن يمتنع عن ذلك مع أنه قادر عليه.

وأما المطلب الثاني : الضرر في العلاقات بين الآباء والأبناء ، فقد انتظم خمسة فروع رئيسة :

الفرع الأول : الإخلال بحق الولد في الرضاع .

الفرع الثاني : الإخلال بحق الولد في الحضانة .

الفرع الثالث : الإخلال بحق الولد في الإنفاق عليه بالمعروف .

الفرع الرابع : الإخلال بحق الولد في أن يُسوَّي بينه وبين إخوته في العطية .

الفرع الخامس : إخلال الأبناء بحق الآباء عليهم في البر والإكرام والنفقه .

وأما المبحث الثاني فقد أفرد للحديث عن أنواع الضرر في العلاقات المالية ، وانتظم ذلك سبعة مطالب :

المطلب الأول : الربا .

المطلب الثاني : الغرر .

المطلب الثالث : .الغش .

المطلب الرابع : الاحتكار .

المطلب الخامس : الغصب .

المطلب السادس : الرشوة .

المطلب السابع : المقامرة .

وأما المبحث الثالث فقد خصص لدراسة أنواع الضرر فيما يتصل بالحقوق العقارية ، وحقوق الارتفاق ، وانتهت هذه الدراسة إلي أن الأصل في هذا المبحث هو مدي إعمال المذاهب الفقهية لحديث « **لا ضرر ولا ضرار** » ، وأن الفقه الإسلامي فيه اتجاهان بخصوص العمل بهذا الحديث ، الاتجاه الأول : يتوسع في تطبيق هذا الحديث إلي حد أنه يذهب إلي تقييد كل حق ثابت للإنسان بعدم الضرر .

والاتجاه الثاني : يضيق العمل به – إلي حد ما – وذلك بالنظر إلي ما يقتضيه حق الملك نظراً مطلقاً .

وقد ختمت هذه الدراسة ببيان الوجهة التي يرتضيها البحث بهذا الخصوص ، وذلك بما حاصله اعتماد وجهة الفقهين : الحنبلي ، والمالكي .

وجاء بعد هذا المبحث الرابع ، وقد جعل للحديث عن أنواع الضرر

في باب الجنايات ، وذلك من خلال مطالب ثلاثة :

المطلب الأول : الجنايات بالمباشرة .

وتناولت الدراسة في هذا المطلب ثلاث نقاط ، النقطة الأولي : تعريف المباشرة وبيان حدها ، والنقطة الثانية : مدي تأثير العمد في اعتبار الجناية بالمباشرة ضرراً موجبًا للضمان ، والنقطة الثالثة : مدي تأثير العلم في اعتبار الجناية بالمباشرة ضرراً موجبًا للضمان .

المطلب الثاني : الجنايات بالتسبب .

وتناولت الدراسة في هذا المطلب ثلاث نقاط - أيضًا - ، النقطة الأولي : تعريف التسبب وبيان حده ، والنقطة الثانية : أقسام الجناية بالتسبب ، والنقطة الثالثة : ضوابط اعتبار الجناية بالتسبب ضرراً موجبًا للضمان .

المطلب الثالث : فروع تطبيقية لأنواع الضرر في باب الجنايات .

وقد انتظم هذا المطلب ثلاثة فروع تمثل لجناية الإنسان ، وجناية الحيوان ، وجناية الجمادات ، فالفرع الأول عرض لجناية الطبيب في الفقه الإسلامي ، والفرع الثاني عرض لجناية الحيوان المملوك (كالمواشي ، والدواب) علي المزارع والبساتين ، والفرع الثالث عرض لجناية الأبنية والحيطان .

أما المبحث الخامس فقد خُصص لدراسة أنواع الضرر في العلاقات الدولية ، وجاء في مقدمة وثلاثة مطالب .

أما المقدمة فقد تُكلم فيها عن الأساس الذي يحكم العلاقات الدولية في الإسلام ، وهل هو الحرب ، أو أنه السلم ؟ ، وعن مفهوم دار الإسلام

ودار الحرب ، وعن الأسباب التي أدت بالفقهاء إلي تقسيم العالم لدار إسلام ، ودار حرب .

وأتبعت هذه المقدمة بذكر مفهوم الضرر في العلاقات الدولية في الفقه الإسلامي ، وذلك من خلال المطالب الثلاثة الآتية :

المطلب الأول : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة - بموجب الشريعة ، أو بموجب العهد الذي تقره - للدولة المعاهدة .

المطلب الثاني : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة - بموجب الشريعة ، أو بموجب العهد الذي تقره - لمن يمثل الدولة من العمال .

المطلب الثالث : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة - بموجب الشريعة ، أو بموجب العهد الذي تقره - لرعايا الدولة المعاهدة .

وأما الفصل الثالث : فقد عرضت فيه الدراسة للعلاقة بين الضرر وبعض المصطلحات الأصولية ، وتضمن هذا الفصل أربعة مباحث ، تكلم في المبحث الأول منها عن العلاقة بين الضرر ومصطلح المصلحة ، وذلك بما حاصله أن مصطلح المصلحة متضمن لقطع المضار بالتضييق عليها من جهة الوقوع ، بل إن بعض العلماء قد حدوا المصلحة بقطع الضرر الذي هو مادة الفساد والشرور فكان تعريفهم لها بـ « المحافظة علي مقصود الشرع بدفع المفاسد (المضار) عن الخلق » .

وأفرد المبحث الثاني للحديث عن العلاقة بين الضرر ومصطلح الاستحسان ، وقد انتهت دراسة هذه العلاقة إلي أن الاستحسان هو وسيلة الشريعة التي تتوسل بها إلي قطع المضار التي تنتج من إغراق الفقيه في القياس ، وأنه كذلك وسيلة الشريعة التي تتوسل بها إلي قطع المضار التي تنتج من طرد الفقيه لمقتضي الدليل العام في كل الجزئيات والوقائع .

أما المبحث الثالث فقد اختص بدراسة العلاقة بين الضرر ومصطلح سد الذرائع ، وخلصت هذه الدراسة إلي أن سد الذرائع يقوم بدور وقائي يمنع من وقوع المضار من أسبابها البعيدة حيث احتمالات وقوعها ؛ إذ ينظر في سد الذرائع إلي مآل تصرف الإنسان - وإن كان التصرف في ذاته مباحًا - بحيث إذا كان يترتب عليه ضرر ، فإنه يمنع منه ابتداء توقيًا من وقوع الضرر .

وأما المبحث الرابع فقد تناول بالحديث العلاقة بين الضرر ومصطلح العرف ، وبين أن بناء الأحكام علي العرف يتوصل به إلي قطع الضرر ؛ إذ إن اعتبار العرف مبني - في الغالب - علي مراعاة الحاجة والمصلحة ، ودفع الحرج والمشقة ، والتيسير في التكاليف .

وأما الفصل الرابع : فقد عرضت فيه الدراسة للعلاقة بين الضرر وبعض المبادئ والقواعد الفقهية ، وبينت أن الأساس الذي بنيت عليه مبادئ الفقه وقواعده يكفي إرجاعه إلي هذا الأصل الكلي «لا ضرر ولا ضرار» ، حيث اختارت الدراسة أبرز المبادئ والقواعد الفقهية التي لوحظ فيها وضوح هذا الأمر : أنها تعمل في نطاق تعطيل المضار وتقليلها ، وهي بهذا تؤكد بصورة تطبيقية من خلال التمثيل بهذه المبادئ والقواعد الفقهية علي صواب ما ذكر من أن ما بني عليه الفقه من المبادئ والقواعد يرجع في جملته إلي أصل «لا ضرر ..» .

وتضمن هذا الفصل سبعة مباحث ، عرض في المبحث الأول للعلاقة بين الضرر ومبدأ فسخ العقد للعذر ، وعرض في المبحث الثاني للعلاقة بين الضرر ومبدأ وضع الجوائح ، وذلك علي النحو الذي يظهر منه هذا القدر من مرونة الفقه الإسلامي في مواجهة الحوادث التي تطرأ علي الالتزامات

حيث يكون جزاء ذلك – في بعض الأحوال – فسخ العقد وحل الالتزام رفعا للضرر بالكلية : كما هو الحال في الفسخ بالعذر ، ويكون الجزاء في أحوال أخري : تعديل الالتزام المرهق برده إلي الحد المعقول ، فيتوزع الإرهاق الذي هو الضرر الفاحش والخسارة الفادحة علي طرفي العقد تقليلا للمضار وتخفيفا من آثارها ، فيسهل احتمالها .

وأما المبحث الثالث فقد عرض فيه للعلاقة بين الضرر ومبدأ حرية الشروط في العقود ، وذلك بما حاصله أن الفقه الإسلامي عرف مبدأ حرية الشروط في العقود حماية لإرادة المتعاقدين من أن يمضي عليهما عقد لا يرضيانه ؛ فيلحقهما الضرر بذلك ، أو من أن يبطل عليهما عقد يحتاجان إليه ، فيقع كل منهما في حرج ومشقة ، ومفسدة ومضرة ، لكن ذلك علي تفاوت في مذاهبه ، والدراسة – هنا – قد اعتمدت وجهة المذهب الحنبلي باعتباره أوسع المذاهب الفقهية مراعاة لمبدأ حرية الشروط في العقود ، فهو بهذا الموافق لما جاءت به الشريعة من رعاية مصالح الخلق ، والأقدر علي مواكبة حاجات الناس عبر الأزمنة والأمكنة .

وأما المبحث الرابع فقد أفرد لدراسة العلاقة بين الضرر ومبدأ الباعث غير المشروع ، وبينت هذه الدراسة أن تقرير مبدأ الباعث واعتباره وسيلة – ضمن وسائل الفقه – يتوسل بها إلي رفع المضار ودرء المفاسد عن طريق إبطال أو فسخ التصرفات التي يكون الباعث فيها منافيًا لمقصود الشرع ؛ إذ إن هذه التصرفات تشتمل –عادة– علي الإثم والعدوان ، وبالجملة فإنها تكون مناقضة لمقصود الشارع الذي يرجع إلي تحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المضار وتقليلها ، ومن ثم فإنه يترتب علي إبطالها إبطال لتلك المضار الواقعة بسببها .

وأما المبحث الخامس فقد تناول بالحديث العلاقة بين الضرر ومبدأ منع التعسف في استعمال الحق ، وذلك بما خلاصته : أن التعسف في استعمال الحق أحد السبل الرئيسة المؤدية إلي وقوع المضار واتساع دائرتها في واقع الناس ، بل هو أحد العمد الرئيسة التي يقام عليها بناء الضرر في هذه الحياة ، ومن ثم فإنه يكون منع التعسف سبيلا - ضمن سبل الفقه - موصلا إلي قطع المضار وتضييق دائرة وقوعها .

وأما المبحث السادس فقد اختص بدراسة العلاقة بين الضرر وقاعدة «المشقة تجلب التيسير» ، وكانت نتيجة هذه الدراسة : أن قاعدة المشقة تعمل في نطاق تحقيق قطع المضار والتقليل منها في واقع الناس ، فهي تزيل الضرر عنهم بالتيسير عليهم عن طريق التخفيفات والرخص ، وذلك إلي حد أن الفقهاء والأصوليين اعتبروا أن هذه القاعدة متحدة ومتداخلة مع قاعدة «الضرر يزال» المفرعة علي أصل «لا ضرر ...» .

وأما المبحث السابع فقد أفرد لدراسة العلاقة بين الضرر وقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» ، وبينت هذه الدراسة أن قاعدة الضرورات تعمل في نطاق تأكيد وتحقيق قطع الشريعة للضرر عن طريق الأحكام الاستثنائية تمشيًا مع ضرورات الناس وحاجياتهم دفعًا للحرج والمشقة ، ورفعًا للضرر والمفسدة .

وأما الفصل الخامس : فقد عرضت فيه الدراسة لضوابط اعتبار الفقه الإسلامي للضرر ؛ ذلك أن هذا الفقه لا ينظر إلي كل تصرف من شأنه أن يخل بمصلحة مشروعة (أي : إلي كل ضرر) علي أنه ضرر معتبر يقضي بمنعه وضمان ما تولد عنه ومؤاخذة محدثه ، بل إن هناك ضوابط يري الفقه الإسلامي أنه لابد من تحققها في التصرف المخل بالمصلحة حتي يعتبر ضرراً ممنوعًا منه في النظر الشرعي .

وقد أمكن استنباط هذه الضوابط من خلال النظر في جملة ما قدم من فروع فقهية ، وهي خمسة ضوابط ، الأول : أن يكون إخلال التصرف بالمصلحة محققًا لا موهومًا ، والثاني : أن يكون هذا الإخلال بينًا (أي : ظاهرًا مثله لا يشكل علي أهل الخبرة) ، والثالث : أن يكون هذا الإخلال علي وجه التعدي ، أو التعسف ، أو الإهمال ، لا أنه علي وجه الحق ، والرابع : أن تكون المصلحة محل الإخلال – أي التي وقع عليها الإخلال – مشروعة في الأصل ، والخامس : أن تكون المصلحة محل الإخلال مستحقة للمضرور باي وجه من وجوه الاستحقاق .

هذا وقد اندرجت تحت كل ضابط من هذه الضوابط تفصيلات عدة جري فيها الخلاف بين الفقهاء .

ومن ثم فإن الدراسة أفردت لكل ضابط منها مبحثًا مستقلاً تناولته فيه علي نحو من الاستفاضة والتفصيل ، فجاء هذا الفصل في خمسة مباحث ، المبحث الأول : في بيان الضابط الأول ، والمبحث الثاني : في بيان الضابط الثاني . . . وهكذا .

وأما الفصل السادس : فقد عرضت فيه الدراسة لجزاء الضرر في الفقه الإسلامي .

وتضمن هذا الفصل مقدمة وثلاثة مباحث .

أما المقدمة فقد بينت الدراسة فيها أن الجزاء الذي يقابل به الضرر هو : وجوب أن يزال ؛ لأن قاعدة الشريعة المستقرة في مواجهة الأضرار هي « الضرر يزال » ، وبينت الدراسة كذلك أن هذه القاعدة تعمل في إطار من هذا الضابط : أن الضرر لا يزال بمثله ، ولا بما هو فوقه بالأولي ، بل بما هو دونه ، ومن هنا فإنه يتحمل الضرر الأخف لرفع الضرر الأشد ، والضرر

الخاص لرفع الضرر العام .

وأما المبحث الأول فقد خصص للحديث عن إزالة عين الضرر (الجزاء العيني للضرر) ؛ ذلك أن الموجب الأصلي في جزاء الضرر هو : أن يزال عين الضرر - فيما لو أمكن ذلك - ويعاد الحال إلي ما كان عليه قبل هذا الضرر تمامًا بتمام .

وبينت الدراسة - هنا - أن هذا الجزاء العيني يتمثل - في باب التصرفات الفعلية- في المنع من الفعل الذي ترتب عليه وقوع الضرر ، أو الإجبار علي الفعل الذي ترتب الضرر علي الامتناع عن القيام به .

أما في باب التصرفات القولية فإن هذا الجزاء يتمثل **أولاً** في مراجعة النظر الفقهي للعقود وما ينشأ عن الإرادة المنفردة من التزام ، وذلك إما بإبطال تلك التصرفات لمنع ترتب آثارها عليها : كما في تصرفات المكره ، وإما بالحكم بوقفها في حالة الانعقاد : كما في تصرفات الفضولي ، أو بفسخها (أي : حلها) في حالة النفاذ : كما في فسخ العقد للعذر ، أو بثبوت الخيار لأحد العاقدين أو كليهما ، أو بتعديل الالتزام بين طرفي العقد بحيث يكون الغنم بالغرم علي وجه التقريب فلا يحصل غبن ولا ظلم : كما في وضع الجوائح .

ويتمثل هذا الجزاء **ثانيًا** في الإجبار علي التصرف القولي الذي ترتب الضرر علي الامتناع عن القيام به : كما في إجبار المحتكر علي البيع بثمن المثل رفعًا لضرره بالجماعة .

ويتمثل هذا الجزاء **ثالثًا** في الحرمان من التصرف القولي الذي يترتب الضرر علي القيام به : كما في حرمان السفيه من التصرف بماله رفعًا للضرر عنه وعمن تعلقت مصالحهم به ، بل عن المجتمع بوجه عام .

وأما المبحث الثاني فقد خصص للحديث عن إزالة الضرر بالضمان

(الجزاء التعويضي للضرر) ، وذلك حيث لم يمكن إزالة عين الضرر بأن كان الواقع منه لا يرتفع ، فجاءت الشريعة بتدارك هذا الضرر عن طريق التعويض المالي العادل . هذا مع قطع سبب الضرر منعًا لاستمراره في المستقبل .

والفقه الإسلامي حين ينظر إلي محدث الضرر – الذي لم يمكن رفعه – علي أنه مسئول تجاه المضرور بضمان هذا الضرر – إنما يجعل ذلك وفق قواعد محددة لتلك المسئولية

وقد أشارت الدراسة إلي جملة هذه القواعد من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : المباشرة والتسبب ومسئولية كل منهما .

المطلب الثاني : اجتماع المباشرة والتسبب .

المطلب الثالث : اشتراك المتسبب والمباشر في الضمان .

المطلب الرابع :" الاشتراك في إحداث الضرر سواء أكان اشتراك مباشرة أم تسبب .

المطلب الخامس : تعدد الأسباب .

المطلب السادس : الواجب بالضمان .

وأما المبحث الثالث فقد تناول بالدراسة موضوع إزالة الضرر بالعقوبة الحدية ، أو التعزيرية (الجزاء العقابي للضرر) ؛ ذلك أن الضرر الواقع لو كان يمثل جناية يجب فيها الحد ، فإنه يكون جزاؤه : أن يقام الحد علي من أحدثه شفاء لنفس المضرور وذهابًا لألم قلبه ، ولو كان يمثل جناية دون ما يجب فيه الحد ، فإنه يكون الجزاء أن يعزر محدث الضرر التعزير المناسب

الذي يقضي به الإمام أو من ينوب عنه .

وبينت الدراسة – هنا – أنه قد يضم الجزاء العقابي إلي ما سبق أن ذكر من الجزاء العيني ، أو الجزاء التعويضي ، أو أنه قد تجتمع هذه الأنواع الثلاثة : الجزاء العيني ، والتعويضي ، والعقابي علي محدث الضرر : كما في الغصب ، فإن الغاصب يقضي عليه برد ما غصب ، وبضمان ما نقص من منافعه مدة الغصب ، ويعزر علي جناية الغصب بما يراه الإمام أو من ينوب عنه .

كذلك فإن الدراسة بينت مشروعية التعزير بالعقوبات المختلفة علي الضرر ابتداء من الوعظ ، فالتوبيخ ، فالضرب ، فالقتل سياسة وفق ضوابط أشير إليها ، فالإتلاف ، فالتغيير ، فالتغريم ، فالحبس، فالنفي ، وذلك علي النحو الذي يكشف لنا بجلاء ووضوح عن سعة الفقه الإسلامي وما يتمتع به من مرونة تجعله قادراً علي ملاحقة مرتكبي الضرر وعقوبتهم العقاب الذي يردعهم عن المعاودة ، بل ويردع غيرهم من أن تسول نفس أحدهم له أن يحدث ضرراً ، فتشفي بذلك نفوس المضرورين وتقر أعينهم .

وبعد فالله – تعالي – أسأل أن ينفعنا بعلم السابقين ، ويحشرنا مع الصالحين ، ويغفر لنا أجمعين . آمين ، وصلي الله – تعالي – وسلم وبارك علي سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وزوجاته أمهات المؤمنين .

*** ***

الفصل الأول

تعريف الضرر

ويتضمن خمسة مباحث :

المبحث الأول : مادة «ضرر» ومشتقاتها فى المعاجم العربية .

المبحث الثانى : وجوه استعمالات القرآن لمادة «ضرر» ومشتقاتها .

المبحث الثالث : استعمالات السُنة لمادة «ضرر» ومشتقاتها .

المبحث الرابع : استعمالات مادة «ضرر» ومشتقاتها فى الآثار الموقوفة على الصحابة والتابعين .

المبحث الخامس : الضرر فى اصطلاح علماء الفقه والأصول ، والتعريف المختار .

المبحث الأول
مادة «ضرر» ومشتقاتها فى المعاجم العربية

يقتضي البحث – أول ما يقتضي – انْ نَطَّلع علي مادة (ض ر ر) في المعاجم العربية ، وذلك وقوفًا علي دلالاتها المتعددة واستعمالاتها المتنوعة فيكون أول الطريق قدْ اتضح مِمَّا يَسْهُل معه السير فيه حتي بلوغ النهاية .

ومطالعة تلك المادة في معاجم اللغة (١) تدل علي هذه المعاني : أنَّ الضُّر ضِدُّ النفع ، والهزال ، وسوء الحال .

والضرر : النقصان ، تقول : دخل عليه ضرر في ماله . أي : نقص .

قال الأزهري : وهكذا قال أهل اللغة .

وكل ما كان مِنْ سُوء حال ، وفقرٍ في بدن فهو ضُر ، وما كان ضِداً للنفْع فهو ضَر .

والمضرة خلاف المنفعة ، وضره يَضُرُّه ضرا ، وضر به ، وأضر به ، وضارَّه مضارَّة ، وضِراراً بمعني، والاسم : الضرر، والضرار فِعال من الضُّر. أي: لا يجازي أحد أحداً علي إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه،

---

(١) انظر في ذلك : تهذيب اللغة ، كتاب الضاد (جـ ١١/ ٤٥٦ ، وما بعدها) – لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري . تحقيق / محمد أبو الفضل إبراهيم ، ومراجعة/ علي محمد البجاوي . ط : الدار المصرية للتأليف والترجمة . ولسان العرب لابن منظور ، مادة (ض رر) (جـ ٤/ ٢٥٧٢ ، وما بعدها). ط: دار المعارف – مصر . والمصباح المنير ، مادة (ض رر) . ط : دار المعارف – مصر . ومختار الصحاح، مادة (ض رر) ص ٣٧٩ . ط : الهيئة المصرية العامة للكتاب .

وقيل : الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به ، والضرار أنْ تضره من غير أنْ تنتفع ، وقيل : هما بمعني .

والضرر : نقص يدخل علي الاعيان . أي : النقصان يدخل في الشيء ، يقال : دخل عليه ضرر في ماله .

والضرر : الضيق ، ومكانٌ ذو ضرر . أي : ضيّق ، ومكانٌ ضرر : ضيّق .

والضراء : السَّنَة ، والضاروراء : القحط والشدة .

والضرَّاء : نقيض السراء . قال ابن الأثير : الضراء الحالة التي تَضُرُّ ، وهي نقيض السراء . . . ، وقيل : الضراء النقْص في الأموال ، والأنْفُس ، وكذلك الضرَّة ، والضرارة .

الضُّر : سوء الحال ، وكذلك الضرر ، والتَّضِرَّة ، والتَّضُرَّة .

والضُّرة : شدة الحال ، فَعْلة من الضر . وقال ابن الأعرابي : والضرة : الأذاة .

وضرَّه يَضره من باب (قتل يَقْتُل) : إذا فعل به مكروهًا .

ولا يضر الرجل أخاه . يعني : لا يَنْقُصُ شيئًا من حقه ، أو ملكه ، وهو ضدُّ النفع .

والضاروراء : القحط والشدة ، والضرر ، وسوء الحال . . . ، والنقصان يدخل في الشيء .

والاضطرار : الاحتياج إلي الشيء .

وقد اضطره إليه أمر ، والاسم الضُّرة .

والضرورة : كالضرة . أي : شدة الحال ، والأذاة .

والضِرَار : المضارَّة ، وليس عليك ضرر ، ولا ضرورة ، ولا ضرَّة ، ولا ضارورة ، ولا تَضِرَّة ، ورجل ذو ضارورة وضرورة . أي : ذو حاجة ، وقد اضطر إلي الشيء . أي : ألجئ إليه . قال الليث : الضرورة : اسم يطلق لمصدر الاضطرار ، تقول : حملَتْني الضرورة علي كذا ، وكذا ، وقد اضطر فلان إلي كذا وكذا ، وبناؤه افْتُعِلَ، فجعلت التاء طاء ؛ لأنَّ التاء لم يحسن لفظه مع الضاد ، وأصله من الضرر ، وهو الضيق .

والضُّر : حال الضرير ، وهو الزَّمِنُ ، والضرَّاء : الزمانة .

ورجل ضرير بيِّن الضَّرَارة : ذاهب البصر ، والجمع أضِرَّاء . يقال : رجل ضرير البصر ، وإذا أَضرَّ به المرض يقال : رجل ضرير ، وامرأة ضريرة .

والضَّرَارة : العمى ، والرجل ضرير ، وهي من الضَّر : سوء الحال ، والضرير : المريض ، والضرائر : المحاويج .

ويقال للرجل : إنه لذو ضرير على الشيء والشدة إذا كان ذا صبر عليه ومُقَاساة ، ويقال ذلك في الناس والدواب إذا كان لها صبر على مُقَاساة الشر .

وضريرها : شدتها . والضرير : اسم للمُضارة .

وضارَّه مضارَّة وضراراً : خالفه .

والذي يلاحظ – بناء على ما سبق – أنَّ معاني هذه المادة تدور حول ما يعتري الإنسان أو يتعرَّض له من سوء حال وضيق ، وفقر وقحط وشدَّة ، ومَرَضٍ وزَمَانَةٍ وهُزَالٍ ، أو حاجة مُلْجِئَةٍ ، أو مُخَالَفةٍ ومُزَاحَمَةٍ ، أو نُقْصَانٍ للحقوق أو المِلْكِ ، أوْ ما يكون ضِداً للنفع بوجه عام .

كذلك فإنه يلاحظ هذا القدر الكبير من التداخل بين تلك المعاني ، فسوء الحال والضِّيق كثيراً ما يكون نتيجة لانتقاص حقوق الإنسان أو ملكه

أو للفقر والقحط والشدة ، أو للمرض والزَّمانَةِ والهُزال ، أو للحاجة المُلْجِئة ، أو للمُخالَفةِ والمُزاحَمةِ ، وذلك كله ضد لنفع الإنسان .

وهكذا تفيدنا المعاجم أنَّ الضرر هو :

« حالٌ سيِّئة يعيشها الإنسانُ ؛ لأنه جري عليه نقصانٌ لحقوقه أو ملكه ، أو قحطٌ وفَقْرٌ وشدَّةٌ ، أو مَرَض وهُزَال ، أو احتياج مُلْجِئ ، أو مُزَاحَمة ومُخَالَفَة ؛ أو لأنَّه وَقَعَ به ما هُوَ ضِد لنفعه بوجه عام » .

ونترك المعاجم إلي حيث النصوص الشرعية (قرآنًا ، وسُنَّةً) نطالع فيها استعمالات مادة (ض رر) ودلالات ذلك .

* * * *

وجوه استعمالات القرآن لمادة «ضرر» ومشتقاتها

وردت مادة (ضرر) ومشتقاتها في القرآن الكريم في أربعة وسبعين موضعًا ، وذلك علي وجوه [1] :

أحدها : بمعنى البلاء والشِّدَّة .

فمن ذلك قوله – تعالي – : ﴿ وَإِذَا مَسَّ الإِنسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرٍّ مَّسَّهُ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾[2] .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَإِذَا أَذَقْنَا النَّاسَ رَحْمَةً مِّن بَعْدِ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُمْ إِذَا لَهُم مَّكْرٌ فِي آيَاتِنَا قُلِ اللَّهُ أَسْرَعُ مَكْرًا إِنَّ رُسُلَنَا يَكْتُبُونَ مَا تَمْكُرُونَ ﴾[3] .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَإِن يَمْسَسْكَ اللَّهُ بِضُرٍّ فَلَا كَاشِفَ لَهُ إِلَّا هُوَ وَإِن يُرِدْكَ بِخَيْرٍ فَلَا رَادَّ لِفَضْلِهِ يُصِيبُ بِهِ مَن يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَهُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ ﴾[4] .

وقوله – تعالي –: ﴿ وَلَئِنْ أَذَقْنَاهُ نَعْمَاءَ بَعْدَ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُ لَيَقُولَنَّ ذَهَبَ السَّيِّئَاتُ عَنِّي إِنَّهُ لَفَرِحٌ فَخُورٌ ﴾[5] .

وقوله – تعالي – :" ﴿ وَمَا بِكُم مِّن نِّعْمَةٍ فَمِنَ اللَّهِ ثُمَّ إِذَا مَسَّكُمُ الضُّرُّ فَإِلَيْهِ تَجْأَرُونَ ﴾[6] .

---

(١) – انظر : بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروز آبادي ، بصيرة في مادة «ضر» (٣/ ٤٦٨ ، وما بعدها) . ط : المجلس الأعلي للشئون الإسلامية ، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م .

(٢) – آية (١٢) سورة يونس . (٣) – آية (٢١) سورة يونس .

(٤) – آية (١٠٧) سورة يونس . (٥) – آية (١٠) سورة هود .

(٦) – آية (٥٣) سورة النحل .

وقوله – تعالي – : ﴿ ثُمَّ إِذَا كَشَفَ الضُّرَّ عَنكُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنكُم بِرَبِّهِمْ يُشْرِكُونَ ﴾(١) .

وقوله – تعالي – : ﴿ قُلِ ادْعُوا الَّذِينَ زَعَمْتُم مِّن دُونِهِ فَلا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنكُمْ وَلا تَحْوِيلاً ﴾ (٢) .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَلَوْ رَحِمْنَاهُمْ وَكَشَفْنَا مَا بِهِم مِّن ضُرٍّ لَّلَجُّوا فِي طُغْيَانِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴾ (٣).

وقوله –تعالي– : ﴿ وَإِذَا مَسَّ النَّاسَ ضُرٌّ دَعَوْا رَبَّهُم مُّنِيبِينَ إِلَيْهِ ثُمَّ إِذَا أَذَاقَهُم مِّنْهُ رَحْمَةً إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم بِرَبِّهِمْ يُشْرِكُونَ ﴾(٤) .

وقوله –تعالي– : ﴿ فَالْيَوْمَ لا يَمْلِكُ بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ نَّفْعًا وَلا ضَرًّا وَنَقُولُ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا ذُوقُوا عَذَابَ النَّارِ الَّتِي كُنتُم بِهَا تُكَذِّبُونَ ﴾(٥) .

وقوله –تعالي– : ﴿ أَأَتَّخِذُ مِن دُونِهِ آلِهَةً إِن يُرِدْنِ الرَّحْمَنُ بِضُرٍّ لا تُغْنِ عَنِّي شَفَاعَتُهُمْ شَيْئًا وَلا يُنقِذُونِ ﴾(٦) .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَإِذَا مَسَّ الإِنسَانَ ضُرٌّ دَعَا رَبَّهُ مُنِيبًا إِلَيْهِ... ﴾(٧)

وقوله –تعالي– : ﴿ ... قُلْ أَفَرَأَيْتُم مَّا تَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ إِنْ أَرَادَنِيَ اللَّهُ بِضُرٍّ هَلْ هُنَّ كَاشِفَاتُ ضُرِّهِ... ﴾(٨) .

---

(١) – آية (٥٤) سورة النحل .
(٢) – آية (٥٦) سورة الإسراء .
(٣) – آية (٧٥) سورة المؤمنون .
(٤) آية – (٣٣) سورة الروم .
(٥) – آية (٤٢) سورة سبأ .
(٦) – آية (٢٣) سورة يس .
(٧) – آية (٨) سورة الزمر .
(٨) – آية (٣٨) سورة الزمر .

وقوله –تعالى – : ﴿ فَإِذَا مَسَّ الإنسَانَ ضُرٌّ دَعَانَا ثُمَّ إِذَا خَوَّلْنَاهُ نِعْمَةً مِّنَّا قَالَ إِنَّمَا أُوتِيتُهُ عَلَىٰ عِلْمٍ .. ﴾(١) .

وقوله – تعالى – : ﴿ وَلَئِنْ أَذَقْنَاهُ رَحْمَةً مِّنَّا مِنْ بَعْدِ ضَرَّاءَ مَسَّتْهُ لَيَقُولَنَّ هَذَا لِي ... ﴾(٢) .

وقوله – تعالى – : ﴿ ... قل فمن يملك لكم من الله شيئاً إن أراد بكم ضراً أو أراد بكم نفعاً﴾(٣) .

الوجه الثاني : بمعنى الجوع والعُرْى :

فمن ذل قوله – تعالى – : ﴿ فَلَمَّا دَخَلُوا عَلَيْهِ قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا الضُّرُّ وَجِئْنَا بِبِضَاعَةٍ مُّزْجَاةٍ فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا إِنَّ اللَّهَ يَجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ ﴾(٤) .

الوجه الثالث : بمعنى نَقْص القَدْر والمنزلة :

فمن ذلك قوله – تعالى – : ﴿ إِن تَمْسَسْكُمْ حَسَنَةٌ تَسُؤْهُمْ وَإِن تُصِبْكُمْ سَيِّئَةٌ يَفْرَحُوا بِهَا وَإِن تَصْبِرُوا وَتَتَّقُوا لا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطٌ ﴾(٥) .

---

(١) – آية (٤٩) سورة الزمر .
(٢) – آية (٥٠) سورة فصلت .
(٣) – آية (١١) سورة الفتح .
(٤) – آية (٨٨) سورة يوسف .
وانظر في صحة هذا الوجه : بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروز آبادي (جـ٣/ ٤٦٩) .
(٥) – آية (١٢٠) سورة آل عمران .

وقوله – تعالي– : ﴿ ... وَمَن يَنقَلِبْ عَلَىٰ عَقِبَيْهِ فَلَن يَضُرَّ اللَّهَ شَيْئًا وَسَيَجْزِي اللَّهُ الشَّاكِرِينَ ﴾[1].

وقوله – تعالي– : ﴿ وَلا يَحْزُنكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَن يَضُرُّوا اللَّهَ شَيْئًا ... ﴾[2] .

وقوله – تعالي – : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ اشْتَرَوُا الْكُفْرَ بِالإِيمَانِ لَن يَضُرُّوا اللَّهَ شَيْئًا ... ﴾[3] . اي لن ينقصوه[4] .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَلَوْلا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكَ وَرَحْمَتُهُ لَهَمَّت طَّائِفَةٌ مِّنْهُمْ أَن يُضِلُّوكَ وَمَا يُضِلُّونَ إِلاَّ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَضُرُّونَكَ مِن شَيْءٍ ... ﴾[5] . اي : ما ينقصونك .

وقوله – تعالي – : ﴿ ... فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا .. ﴾[6] .

وقوله – تعالي – : ﴿ إِلاَّ تَنفِرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا وَيَسْتَبْدِلْ قَوْمًا غَيْرَكُمْ وَلا تَضُرُّوهُ شَيْئًا وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾[7] .

وقوله – تعالي – : ﴿ فَإِن تَوَلَّوْا فَقَدْ أَبْلَغْتُكُم مَّا أُرْسِلْتُ بِهِ إِلَيْكُمْ وَيَسْتَخْلِفُ رَبِّي قَوْمًا غَيْرَكُمْ وَلا تَضُرُّونَهُ شَيْئًا إِنَّ رَبِّي عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَفِيظٌ ﴾[8] .

وقوله – تعالي – : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوا عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَشَاقُّوا

---

(١) – آية (١٤٤) سورة آل عمران . (٢) – آية (١٧٦) سورة آل عمران .
(٣) – آية (١٧٧) سورة آل عمران .
(٤) – انظر : بصائر ذوي التمييز (جـ٣/ ٤٦٩) .
(٥) – آية (١١٣) سورة النساء .
(٦) – آية (٤٢) سورة المائدة .
(٧) – آية (٣٩) سورة التوبة .
(٨) – آية (٥٧) سورة هود .

الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمُ الْهُدَىٰ لَن يَضُرُّوا اللَّهَ شَيْئًا وَسَيُحْبِطُ أَعْمَالَهُمْ ﴾ (١) .

الوجه الرابع : بمعنى المرض والوجع والعلة :

فمن ذلك قوله - تعالي - ﴿ ... وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَٰئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ ﴾ (٢) .

وقوله - تعالي - : ﴿ أَمْ حَسِبْتُمْ أَن تَدْخُلُوا الْجَنَّةَ وَلَمَّا يَأْتِكُم مَّثَلُ الَّذِينَ خَلَوْا مِن قَبْلِكُم مَّسَّتْهُمُ الْبَأْسَاءُ وَالضَّرَّاءُ وَزُلْزِلُوا حَتَّىٰ يَقُولَ الرَّسُولُ وَالَّذِينَ آمَنُوا مَعَهُ مَتَىٰ نَصْرُ اللَّهِ أَلَا إِنَّ نَصْرَ اللَّهِ قَرِيبٌ ﴾(٣) .

وقوله - تعالي - : ﴿ لَّا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ ... ﴾(٤) .

وقوله - تعالي - : ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَىٰ أُمَمٍ مِّن قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُم بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ ﴾(٥) .

وقوله - تعالي - : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا فِي قَرْيَةٍ مِّن نَّبِيٍّ إِلَّا أَخَذْنَا أَهْلَهَا بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَضَّرَّعُونَ ﴾(٦) .

وقوله - تعالي - : ﴿ ثُمَّ بَدَّلْنَا مَكَانَ السَّيِّئَةِ الْحَسَنَةَ حَتَّىٰ عَفَوا وَّقَالُوا قَدْ مَسَّ

---

(١) - آية (٣٢) سورة محمد .
(٢) - آية (١٧٧) سورة البقرة .
(٣) - آية (٢١٤) سورة البقرة .
(٤) - آية (٩٥) سورة النساء .
(٥) - آية (٤٢) سورة الأنعام .
(٦) - آية (٩٤) سورة الأعراف .

آبَاءَنَا الضَّرَّاءُ وَالسَّرَّاءُ فَأَخَذْنَاهُم بَغْتَةً وَهُمْ لا يَشْعُرُون ﴾(١) .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ * فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِن ضُرٍّ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُم مَّعَهُمْ رَحْمَةً مِّنْ عِندِنَا وَذِكْرَىٰ لِلْعَابِدِينَ ﴾(٢) .

الوجه الخامس : بمعنى اختلاف الرياح والامواج ، وخوف الهلاك :

فمن ذلك قوله – تعالي – : ﴿ وَإِذَا مَسَّكُمُ الضُّرُّ فِي الْبَحْرِ ضَلَّ مَن تَدْعُونَ إِلاَّ إِيَّاهُ فَلَمَّا نَجَّاكُمْ إِلَى الْبَرِّ أَعْرَضْتُمْ وَكَانَ الإِنسَانُ كَفُوراً ﴾(٣) .

الوجه السادس : بمعنى الإيذاء وإيصال المحن في معارضة المنفعة والراحة :

فمن ذلك قوله – تعالي – : ﴿ ... فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ وَمَا هُم بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلاَّ بِإِذْنِ اللَّهِ وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلا يَنفَعُهُمْ ... ﴾(٤) .

وقوله – تعالي – : ﴿ لَن يَضُرُّوكُمْ إِلاَّ أَذًى وَإِن يُقَاتِلُوكُمْ يُوَلُّوكُمُ الأَدْبَارَ ثُمَّ لا يُنصَرُونَ ﴾(٥) .

---

(١) آية (٩٥) سورة الأعراف .
(٢) آية (٨٣ ، ٨٤) سورة الأنبياء .
(٣) آية (٦٧) سورة الإسراء .
(٤) – آية (١٠٢) سورة البقرة .
(٥) – آية (١١١) سورة آل عمران .

وقوله – تعالي – : ﴿ قُلْ أَتَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ مَا لا يَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلا نَفْعًا وَاللَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾(١) .

وقوله – تعالي – : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنفُسَكُمْ لا يَضُرُّكُم مَّن ضَلَّ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾(٢) .

وقوله – تعالي – : ﴿ قُلْ أَنَدْعُو مِن دُونِ اللَّهِ مَا لا يَنفَعُنَا وَلا يَضُرُّنَا ... ﴾(٣) .

وقوله – تعالي – : ﴿ قُل لاَّ أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلا ضَرًّا إِلاَّ مَا شَاءَ اللَّهُ .. ... ﴾(٤) .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَيَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ مَا لا يَضُرُّهُمْ وَلا يَنفَعُهُمْ ..... ﴾(٥) .

وقوله – تعالي – : ﴿ قُل لاَّ أَمْلِكُ لِنَفْسِي ضَرًّا وَلا نَفْعًا إِلاَّ مَا شَاءَ اللَّهُ لِكُلِّ أُمَّةٍ أَجَلٌ إِذَا جَاءَ أَجَلُهُمْ فَلا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلا يَسْتَقْدِمُونَ ﴾(٦) .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَلا تَدْعُ مِن دُونِ اللَّهِ مَا لا يَنفَعُكَ وَلا يَضُرُّكَ فَإِن فَعَلْتَ فَإِنَّكَ إِذًا مِّنَ الظَّالِمِينَ ﴾(٧) .

وقوله – تعالي – : ﴿ قُلْ مَن رَّبُّ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ قُلِ اللَّهُ قُلْ أَفَاتَّخَذْتُم مِّن دُونِهِ أَوْلِيَاءَ لا يَمْلِكُونَ لأَنفُسِهِمْ نَفْعًا وَلا ضَرًّا ... ﴾(٨) .

---

(١) – آية (٧٦) سورة المائدة .
(٢) – آية (١٠٥) سورة المائدة .
(٣) – آية (٧١) سورة الأنعام .
(٤) – آية (١٨٨) سورة الأعراف .
(٥) – آية (١٨) سورة يونس .
(٦) – آية (٤٩) سورة يونس .
(٧) – آية (١٠٦) سورة يونس .
(٨) – آية (١٦) سورة الرعد .

وقوله – تعالي – : ﴿ أَفَلا يَرَوْنَ أَلاَّ يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ قَوْلاً وَلا يَمْلِكُ لَهُمْ ضَرًا وَلا نَفْعًا ﴾[1] .

وقوله – تعالي – : ﴿ قَالَ أَفَتَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ مَا لا يَنفَعُكُمْ شَيْئًا وَلايَضُرُّكُم ﴾[2] .

وقوله – تعالي – : ﴿ يَدْعُو مِن دُونِ اللَّهِ مَا لا يَضُرُّهُ وَمَا لا يَنفَعُهُ ذَلِكَ هُوَ الضَّلالُ الْبَعِيدُ * يَدْعُو لَمَن ضَرُّهُ أَقْرَبُ مِن نَّفْعِهِ لَبِئْسَ الْمَوْلَىٰ وَلَبِئْسَ الْعَشِيرُ ﴾[3] .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَاتَّخَذُوا مِن دُونِهِ آلِهَةً لا يَخْلُقُونَ شَيْئًا وَهُمْ يُخْلَقُونَ وَلا يَمْلِكُونَ لأَنفُسِهِمْ ضَرًّا وَلا نَفْعًا وَلا يَمْلِكُونَ مَوْتًا وَلا حَيَاةً وَلا نُشُورًا ﴾[4] .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَيَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ مَا لا يَنفَعُهُمْ وَلا يَضُرُّهُمْ وَكَانَ الْكَافِرُ عَلَىٰ رَبِّهِ ظَهِيرًا ﴾[5] .

وقوله – تعالي – : ﴿ وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ إِبْرَاهِيمَ * إِذْ قَالَ لأَبِيهِ وَقَوْمِهِ مَا تَعْبُدُونَ * قَالُوا نَعْبُدُ أَصْنَامًا فَنَظَلُّ لَهَا عَاكِفِينَ * قَالَ هَلْ يَسْمَعُونَكُمْ إِذْ تَدْعُونَ * أَوْ يَنفَعُونَكُمْ أَوْ يَضُرُّونَ ﴾[6] .

---

(١) – آية (٨٩) سورة طه .
(٢) – آية (٦٦) سورة الأنبياء .
(٣) آية (١٢ ، ١٣) سورة الحج .
(٤) – آية (٣) سورة الفرقان .
(٥) – آية (٥٥) سورة الفرقان .
(٦) – آية (٦٩ : ٧٣) سورة الشعراء .

وقوله – تعالى – : ﴿ إِنَّمَا النَّجْوَىٰ مِنَ الشَّيْطَانِ لِيَحْزُنَ الَّذِينَ آمَنُوا وَلَيْسَ بِضَارِّهِمْ شَيْئًا إِلاَّ بِإِذْنِ اللَّهِ وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ ﴾(١) .

وقوله – تعالى – : ﴿ قُلْ إِنِّي لا أَمْلِكُ لَكُمْ ضَرًّا وَلا رَشَدًا ﴾(٢) .

الوجه السابع : بمعنى الفقر والفاقة ، والقحط والجدب وضيق المعيشة :

فمن ذلك قول الله – تعالى – : ﴿ الَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ ..... ﴾(٣) .

وقوله – تعالى – : ﴿ وَإِن يَمْسَسْكَ اللَّهُ بِضُرٍّ فَلا كَاشِفَ لَهُ إِلاَّ هُوَ وَإِن يَمْسَسْكَ بِخَيْرٍ فَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾(٤) .

الوجه الثامن : بمعنى حمل الإنسان على ما يَضُر :

وَهُوَ فى التَّعَارف حَمْلٌ على أمْرٍ يكرهه – وذلك على ضربين ، أحدهما : بسبب خَارِج كمن يُضْرَبُ ، أو يُهَدَّدُ حتى ينقاد ، أو يُؤْخذ قَهْرًا فيحمل على ذلك كما فى قوله – تعالى – : ﴿ ثُمَّ أَضْطَرُّهُ إِلَىٰ عَذَابِ النَّارِ ﴾(٥) ، وقوله : ﴿ نُمَتِّعُهُمْ قَلِيلاً ثُمَّ نَضْطَرُّهُمْ إِلَىٰ عَذَابٍ غَلِيظٍ ﴾(٦) .

والثانى : بسبب داخلٍ ، وذلك إِمَّا بقهر قوة لا يناله بدفعها هلاكٌ ، كمن غلبت عليه شهوة خمر ، أو قمار .

---

(١) – آية (١٠) سورة المجادلة .
(٢) – آية (٢١) سورة الجن .
(٣) – آية (١٣٤) سورة آل عمران .
(٤) – آية (١٧) سورة الأنعام .
(٥) – آية (١٢٦) سورة البقرة .
(٦) – آية (٢٤) سورة لقمان .

وإمَّا بقهر قوة يناله بدفعها هلاكٌ : كمن اشتدَّ به الجوعُ فاضطر إلي أكل الميتة [(١)] ، وعلي هذا : ﴿ ..... فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ ﴾[(٢)] ، ﴿ ... فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيم ﴾[(٣)] ﴿ ... وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [(٤)] ، ﴿ ... فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيم ﴾[(٥)] ، ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيم ﴾[(٦)] . فمن اضطر . أي : أحوج إلي شيء من هذه المحرمات ، فهو افتعل من الضرورة .

وهذا الاضطرار – كما يقول الجمهور بحق – يكون بجوع في مخمصة . قال القرطبي : والذي عليه الجمهور من الفقهاء والعلماء في معني الآية هو مَنْ صيَّره العدم ، والغَرَث – وهو الجوع – إلي ذلك ، وهو الصحيح .

وهذه المخمصة لا يخلو أنْ تكون دائمة ، أوْ لا . فإنْ كانت دائمة فلا خلاف في جواز الشبع من الميتة ، إلا أنه لا يحل أكلها وهو يجد مال مسلم لا يخاف فيه قطعًا : كالثمر المعلَّق .. ونحو ذلك مما لا قطع فيه ولا أذي ، وهذا مما لا خلاف فيه . قال ابن المنذر : وكل مختلف فيه بعد ذلك فمردود إلي تحريم الله الأموال . قال أبو عمر – يعني ابن عبد البر – :

---

(١) – انظر : بصائر ذوي التمييز (٣/ ٤٧٠ ، ٤٧١) .
(٢) – آية (١٧٣) سورة البقرة . وقوله – تعالي – : ﴿ أمَّن يجيب المضطر إذا دعاه ... ﴾ آية (٦٢) سورة النمل هو عام في كل ذلك . انظر بصائر ذوي التمييز (٣/٤٧١)
(٣) – آية (٣) سورة المائدة .
(٤) – آية (١١٩) سورة الأنعام .
(٥) – آية (١٤٥) سورة الأنعام .
(٦) – آية (١١٥) سورة النحل .

وجملة القول في ذلك أنَّ المسلم إذا تعيَّن عليه رد رمق مهجة المسلم ، وتوجه الفرض في ذلك بأنْ لا يكون هناك غيره قضي عليه بترميق تلك المهجة الآدمية ، وكان للممنوع منه ماله من ذلك محاربة مَنْ منعه ، ومقاتلته وإنْ أتي ذلك علي نفسه ، وذلك عند أهل العلم إذا لم يكن هناك واحدٌ لا غير ، فحينئذ يتعيَّن الفرض ، فإنْ كانوا كثيراً أو جماعة وعدداً كان ذلك عليهم فرضًا علي الكفاية .

والماء في ذلك وغيره مما يَرُدُّ نفس المسلم ويُمْسِكُهَا سواء ، إلا أنهم اختلفوا في وجوب قيمة ذلك الشيء الذي رُدَّتْ به مهجته ، ورمق به نفسه ، فأوجبها موجبون ، وأباها آخرون ، وفي مذهبنا – أي المذهب المالكي – القولان جميعًا ، ولا خلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجة المسلم عند خوف الذهاب والتلف بالشيء اليسير الذي لا مضرة فيه علي صاحبه ، وفيه البُلْغة [1] .

تلك هي وجوه استعمال القرآن لمادة « ضرر » ومشتقاتها .

وبهذا ندرك التقاء ما ورد في القرآن من استعمال مادة (ض ر ر) مع ما ورد في اللغة ، فسوء الحال ، والنقصان ، وما كان ضداً للنفع بوجه عام – يُرَي متمثِّلاً في : البلاء والشدة ، والفقر والفاقة ، والقحط والجدْب ، وضيق المعيشة ، والمرض والوجع والعلة ، والجوع ، والعُرْي ، والنقص في القدْر ، وفي المنزلة ، والإيذاء والمحن في معارضة المنفعة والراحة .

لكنْ يبقي أنَّ بالقرآن مواضع ستة أخري استعمل فيها مادة (ض ر ر) ومشتقاتها ، وذلك علي وجه النهي عن المضارَّة واتخاذ أفعال الضرار ،

---

(١) – انظر : تفسير القرطبي (١/ ٦٠٣ ، ٦٠٤). ط : دار الشعب .

والبحث – هنا – يري إفرادها بالذكر وتحرير دلالة الاستعمال في كل منها ؛ وذلك لبيان حقيقة الضرر الذي يعتبره القرآن فينهي عنه ، ويمنع منه . وتفصيل القول في ذلك وفق ما يلي :

الموضع الأول : قوله – تعالي – : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ﴾(١) .

والمعني كما يقول ابن جرير الطبري : «ولا تراجعوهن إن راجعتموهن في عددهن مضارة لهن لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن ؛ أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن بطلبهن الخلع منكم لمضارتكم إياهن بإمساككم إياهن ، ومراجعتكموهن ضراراً واعتداء» (٢) .

ويقول ابن عباس : «كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها ثم يطلقها ، فيفعل ذلك يضارها ويعضلها ، فأنزل هذه الآية ...» (٣) .

وعن مسروق : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا ﴾ . قال : «يطلقها حتي إذا كادت تنقضي عدتها راجعها ، ثم يطلقها فيدعها ، حتي إذا كادت تنقضي عدتها راجعها ، ولا يريد إمساكها ، فذلك الذي يضار ، ويتخذ آيات الله هزواً» (٤) .

وتفسير الآية – علي هذا النحو – يجعلنا نخلص إلي حقيقة الضرار – في هذا الموضع – ، وهي : تطويل عدة المرأة المطلقة إمَّا بقصد بقائها

---

(١) – آية (٢٣١) سورة البقرة .

(٢)– تفسير الطبري (٢/ ٤٨٠). ط : مكتبة مصطفي الحلبي .

(٣)– تفسير الطبري (٢/ ٤٨٠) . (٤) المصدر السابق .

محبوسة تحت المطلق : كلما قاربت انقضاء العدة راجعها لئلا تذهب إلي غيره . . . ، وإمَّا بقصد حملها علي الافتداء منه تخلصًا من الإضرار ، وذلك بأن تَرُدَّ عليه كل أو بعض ما آتاها من غير أن يكون له حق فيه .

إذًا فالمعني إجمالاً هو : إيذاء المرأة المطلقة وإلحاق الفساد بحقوقها عن طريق استعمال المطلق حق الرجعة علي نحو يخل بمقصود الشرع وحقوق المرأة .

فالشرع قصد حين جعل المراجعة حقًا للزوج - بمقتضي عقد الزواج - : أن يعيد زوجته إلي عصمة نكاحه بعد الطلاق الرجعي استئنافًا لحياة زوجية كريمة ، يقيمان فيها حدود الله ، لا أن يراجعها عن غير رغبة فيها أو حاجة إليها تطويلاً للعدة عليها ، أو لحملها علي الافتداء

ويترتب علي هذه المراجعة الآثمة :

١- الإخلال بحق المرأة في أن تتزوج ممن يكون أكفأ لها؛ لبقائها محبوسة علي نحو ما عرفنا .

٢- الإخلال بالحقوق المالية للمرأة ، وذلك بإلجائها إلي الافتداء تخلصًا من الحبس .

وعلي هذا فإنَّ الضرار الوارد في الآية يكون مستعملاً للدلالة علي ما يَلْحَقُ المطلقة من الأذي والألم ، وما يصيب حقوقها من المفاسد نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة ، وذلك باستعمال هذا الحق في غير ما شرع له .

ولا يخفي أنه يمكن اعتبار الضرر - هنا - ضرراً معنويًا من جهة أنَّ تَرْكَ المرأة معلقة هكذا : لا هي بزوج مرغوب فيها ، ولا هي بمطلقة يمكنها

التزوج – يؤذي مشاعرها ، ويدخل عليها الأسي والحزن ، بل ربما أصيبت من جراء ذلك بمرض نفسي يجعلها تنفر من الرجال وتعرض عنهم .

كما يمكن اعتبار الضرر ضرراً مادياً إذا كان المقصودُ بحبسها حَمْلَها علي الافتداء بعوض بأنْ ترد عليه كلٌ أو بعض ما آتاها ... ؛ وذلك لتعلق الضرر بمصلحة مالية هي حق المرأة فيما أصْدَقها الرجل .

قال – تعالي – : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ... ﴾[1] ، وقال : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا * وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴾[2] .

الموضع الثاني : قوله – تعالي – : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ... ﴾[3] .

والمعني : أن الوالدات أحق برضاع أولادهن – ما قَبِلْنَ رضاعهن – بما يعطي غيرهن من الأجر ، وليس للوالدة أن تضارٌ بولدها ، فتأبي رضاعه مضارة ، وهي تعطي عليه ما يعطي غيرها من الأجر ، كما أنه ليس لها أن تضار بزوجها فتكلفه ما لا يطيق .

وليس للمولود له أن ينزع ولده من والدته مضاراً لها ،وهي تقبل من الأجر ما يعطاه غيرها[4] .

---

(١) آية (٤) سورة النساء .
(٢) – آية (٢١ ، ٢٢) سورة النساء .
(٣) آية (٢٣٣) سورة البقرة .
(٤) – تفسير الطبري (٢/ ٤٩٨) .

وفي «الكشاف»[1] للزمخشري : لا تضارْ - بالسكون - والدة زوجها بسبب ولدها ، وهو أن تَعْنُف به ، وتطلب منه ما ليس بعدل من الرزق والكسوة ، وأن تشغل قلبه بالتفريط في شأن الولد ، وأن تقول بعد ما ألفها الصبي : اطْلُبْ له ظئرًا ، وما أشبه ذلك .

ولا يضار مولود له امرأته بسبب ولده بأن يمنعها شيئًا مما وجب عليه من رزقها وكسوتها ، ولا يأخذه منها وهي تريد إرضاعه ، ولا يكرهها علي الإرضاع .

ويجوز أن تكون «تضار» بمعني تضر ، وأن تكون الباء من صلته ، أي : لا تضر والدة بولدها ، فلا تسئ غذاءه وتعهده ، ولا تفرط فيما ينبغي له ، ولا تدفعه إلي الأب بعدما ألفها ، ولا يضر الوالد به بأن ينتزعه من يدها أو يقصر في حقها فتقصر هي في حق الولد .

ويظهر بذلك أن المضارة إما أنها صادرة عن الأب وواقعة علي الأم ، وإما أنها صادرة عن الأم وواقعة علي الأب ، أو أنها صادرة عن أحدهما أو كليهما وواقعة علي الولد .

وهذه المضار في الجملة متعلِّقة بتفويت حق كل واحد من الثلاثة ، فالمضارة الأولي متعلقة بتفويت حق الأم في احتضان الصغير والقيام بإرضاعه مع أنها ترضي بما يعطي غيرها .

والمضارة الثانية متعلقة بتفويت حق الأب في حفظ صغيره ، أو حفظ ماله .

والمضارة الثالثة متعلقة بتفويت حق الصغير في الرضاع من أمه وأن تحفظ عليه نفسه .

---

(١) الكشاف (١/٢٨٠) . ط : دار الريان .

وحينئذ يمكن القول بأن المضارة الواردة في الآية معناها : إيذاء كل من الزوجين الآخر وإيلامه بإدخال المشقة عليه ، وفعل المكروه به عن طريق ظلم كل منهما الآخر بمجاوزته في أمره حدود الله التي بيّنها ، أو عن طريق استعمال الحق علي وجه الإخلال بمقصود الشرع وحقوق الغير .

أو أنها : إيذاء الرضيع وإيلامه ، وإيصال المكروه إليه عن طريق الإخلال بما يجب له .

فالرجل قد ظلم المرأة بمجاوزته في أمرها حدود الله التي بينها حتي تدفع بالولد إليه مفوّتًا عليها حق حضانتها له والقيام بإرضاعه إيلامًا لمشاعرها ، وإيذاء لعاطفة الأمومة لديها .

وهو بذلك قد أخل بما يجب عليه تجاه رضيعه حيث فوّت عليه حقه في الرضاع من أمه .

والمرأة قد استعملت حقها في رضاع صغيرها علي نحو منافٍ لمقصود الشرع ، ومخل بحقوق كل من الرضيع وأبيه .

إذِ الشرع حينما قدّم الأم علي غيرها في إرضاع وليدها إنما قصد حفظ الصغير ، وحسن التعهد له ، والمحافظة عليه ؛ ذلك لأن الأم أكثر الناس حبًا له ، وحنواً عليه ، لا أنه قصد أن تسيء تعهده ، وتفرط فيما ينبغي له ، وأن تدفعه إلي الأب بعد ما ألفها حملاً له علي أن يزيدها علي الواجب لها من الرزق والكسوة ، وتكليفًا له بما لا يطيق .

وإخلال الأم بما يجب عليها من قبول أجرة المثل والرضا بذلك عوضًا عن رضاعها يفوت علي الأب حقه في حفظ ولده وماله .

كما أنه يفوّت علي الصغير حقه في الرضاع من أمه ، وأن تحفظ عليه نفسه .

والتناول للآية علي نحو ما عرض له ينتهي بنا إلي تقرير هذين الأمرين :

الأول : أنَّ مفهوم الضرر في الاستعمال الشرعي - هنا - يتسع ليشمل الضرر بنوعيه : المادي، والمعنوي .

أمَّا الضرر المادي فهو ما يصيب الإنسان في حقوقه المالية ، وحقوقه في حفظ نفسه .

وأمَّا الضرر المعنوي فهو ما يؤذي الإنسان في مشاعره وعواطفه .

الثاني : ان تلك المضار يمكن ردها إلي أحد هذه الأسباب :

أ- مجاوزة الإنسان في أمره حدود الله - تعالي - التي بينها ، وحقيقة هذه المجاوزة التعدي (الاعتداء) علي ما للآخرين من حقوق(١) أو رخص(٢) .

ب- استعمال الإنسان ماله من حق أو رخصة علي وجه الإخلال بمقصود الشرع وما للآخرين من حقوق أو رخص .

جـ- إهمال الإنسان بذل العناية الواجبة عليه تجاه الآخرين بالتفريط فيما ينبغي لهم .

الموضع الثالث : قول الله - تعالي - : ﴿ وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ ... ﴾(٣) .

---

(١) «الحق اختصاص يقرُّ به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقًا لمصلحة معينة» . الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده - للدكتور فتحي الدريني . مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة ص ١٩٣ .

(٢) - «إذنٌ يُقِرُّ به الشَّرْعُ مُكْنَةَ الانتفاع مباشرة ، لا علي وجه الاختصاص ، تحقيقًا لمصلحة معينة» . المصدر السابق ص ٢٠٦ .

(٣) - آية (٢٨٢) سورة البقرة .

جاء في «الطبري» أنه اختلف أهل التأويل في تأويل ذلك ، فقال بعضهم : ذلك نهي من الله لكاتب الكتاب بين أهل الحقوق ، والشهيد أن يضار أهله ، فيكتب هذا ما لم يملله المملي ، ويشهد هذا بما لم يستشهده المستشهد .

وقال آخرون : ولا يضار كاتب ولا شهيد بالامتناع عمن دعاهما إلي أداء ما عندهما من العلم والشهادة .

وقول ثالث : أنه كان أحدهم يجيء إلي الكاتب فيقول : اكتب لي ، فيقول : إني مشغول أو لي حاجة ، فانطلق إلي غيري ، فيلزمه ويقول : إنك أُمِرْتَ أن تكتب لي ، فلا يتركه حتي يكتب له، ويفوت عليه حاجته ، فيضاره بذلك ، ويأتي الرَّجُلَ - يعني الشاهد - فيقول : انطلق معي ، فيقول : اذهب إلي غيري فإني مشغول أو لي حاجة ، فيلزمه ويقول : إنك أمرت أن تتبعني ، فلا يتركه حتي يشهد له ، ويفوت عليه حاجته ، فيضاره بذلك (١) .

والمعني حينئذ : ولا يضار المستكتبُ والمستشهدُ الكاتبَ والشهيدَ (٢) .

ومن ذلك : أن لا يعطي الكاتب حقه من الجعل ، أو أن يتحمل الشهيد مؤنة مجيئه من بلد بعيد .

وظاهر ما تقدم يفيد أن المضارة ألمٌ وأذيً يَلْحَقَان بالمضرور ، وسوءُ حالٍ يعتريه نتيجة الإخلال بما يجب له وإدخال النقص علي حقوقه ، ويَستوي في ذلك أن يكون المضرور الكاتب أو المستكتب ، أو الشهيد أو المستشهد .

---

(١) - (٣/ ١٣٤) .

(٢) - تفسير «الكشاف» (١/ ٢٢٧) .

الموضع الرابع : قول الله - تعالي - : ﴿ ... **وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ** ﴾ (١) .

قال القرطبي : ﴿ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾ . أي : غير مدخل الضرر علي الورثة، أي لا ينبغي أن يوصي بدين ليس عليه ليضر بالورثة ، ولا يقر بدين ، فالإضرار راجع إلي الوصية والدين ، أما رجوعه إلي الوصية فبأن يزيد علي الثلث ، أو يوصي لوارث ، فإن زاد فإنه يرد إلا أن يجيزه الورثة ؛ لأن المنع لحقوقهم لالحق الله - تعالي - ، وإن أوصي لوارث فإنه يرجع ميراثًا ، وأجمع العلماء علي أن الوصية لوارث لا تجوز .

وأما رجوعه إلي الدين فبالإقرار في حالة لا يجوز له فيها كما لو أقرَّ في مرضه لوارثه (٢) .

وجاء في « مفاتيح الغيب » للرازي : اعلم أن الضرر في الوصية يقع علي وجوه : أحدها : أن يوصي بأكثر من الثلث . وثانيها : أن يقر بكل ماله أو بعضه لأجنبي . وثالثها : أن يقر علي نفسه بدين لا حقيقة له دفعًا للميراث عن الورثة . ورابعها : أن يقر بأن الدين الذي كان له علي غيره قد استوفاه ووصل إليه . وخامسها : أن يبيع شيئًا بثمن بخس أو يشتري شيئًا بثمن غال ، كل ذلك لغرض أن لا يصل المال إلي الورثة . وسادسها : أن يوصي بالثلث لا لوجه الله لكن لغرض تنقيص حقوق الورثة ، فهذا وجه الإضرار في الوصية (٣) .

---

(١) - آية (١٢) سورة النساء .

(٢) - تفسير القرطبي (جـ٢/ ١٦٥٠) .

(٣) - (م ٥ ، جـ ٩/ ٢٢٣) . ط : دار الفكر .

أمَّا ابن كثير – رحمه الله – فيقول : أي لتكن وصيته علي العدل لا علي الإضرار والجور والحيف بأن يحرم بعض الورثة ، أو ينقصه ، أو يزيده علي ما فرض الله من الفريضة ، فمن سعي في ذلك كان كمن ضاد الله في حكمه وشرعه (١) .

ومجموع ما سبق يظهر به أن المضارة – في هذا الموضع – معناها : ما يلحق بالورثة من الأذي والتألم بسبب إدخال المورث النقص علي حقوقهم ؛ إذ إن الإضرار في الوصية والإقرار بالدين قطع من الميراث .

كما يظهر به أن المضارة جاءت نتيجة طبيعية لأحد هذين السببين :

الأول : اعتداء المورث علي حقوق الورثة بتجاوزه ما هو حق له من الوصية لأجنبي ، وفي حدود الثلث .

فالمورث حينما يوصي لوارثه فإنه يزيد بهذه الوصية من نصيبه علي حساب الآخرين ، وزيادة هذا يقابلها نقص هؤلاء .

والأمر كذلك إذا أوصي المورث لأجنبي بما فوق الثلث ، وإذا أقرَّ بدين ليس عليه ليضر بالورثة، فإنه لا يخفي ما في مثل هذا التصرف من الاعتداء علي حقوق الورثة ، وإدخال النقص عليها .

الثاني : استعمال المورث حقه في أن يوصي بالثلث لأجنبي في غير ما شرع له هذا الحق؛ وذلك علي نحو ما أشار إليه الرازي في تفسيره حيث قال في الوجه السادس من وجوه الضرار في الوصية : «أن يوصي بالثلث– يعني لأجنبي – لا لوجه الله لكن لغرض تنقيص حقوق الورثة» (٢) .

(١) – تفسير ابن كثير (جـ ١/ ٤٦١) . ط : مكتبة الدعوة بالأزهر الشريف .
(٢) – (م٥/ جـ ٩/ ٢٣٣) .

الموضع الخامس : قول الله – تعالي – : ﴿ **وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِن قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ** ﴾ (١) .

فالضرار معناه : إلحاق الأذي ، وإدخال الفساد علي جماعة المؤمنين ؛ بتفريق أمرهم ، وإشاعة الاضطراب في صفوفهم ، وذلك عن طريق بناء هذا المسجد .

ويؤكد من هذا ما رواه المفسرون بخصوص سبب نزول الآية (٢) :

قال الجصاص : «روي عن جماعة من السلف أنهم كانوا اثني عشر رجلاً من الأوس والخزرج قد سُمُّوا – استأذنوا النبي – صلي الله عليه وسلم – في بناء مسجد لليلة الشاتية والمطر والحر و لم يكن ذلك قصدهم، وإنما كان مرادهم التفريق بين المؤمنين وأن يتحزبوا فيصلي حزب في مسجد وحزب في مسجد آخر لتختلف الكلمة ، وتبطل الألفة والحال الجامعة ...» (٣) .

وعليه فإن الضرار يكون قد استعمله القرآن بمعني : إلحاق الأذي ، وإدخال الفساد علي الآخرين من غير وجه حق .

الموضع السادس : قول الله – تعالي – : ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم**

---

(١) – آية (١٠٧) سورة التوبة .

(٢) – راجع تفسير الطبري (جـ١١/ ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥) ، وتفسير ابن كثير (جـ ٢/ ٣٨٧) .

(٣) – أحكام القرآن للجصاص (جـ٤/ ٣٦٧) . ط. دار إحياء التراث العربي .

بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾ [1] .

جاء في ابن كثير : قوله – تعالي – : ﴿ **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ ...** ﴾ . قال مقاتل بن حيان : يعني يضاجرها لتفتدي منه بمالها ، وقال الثوري عن منصور عن أبي الضحي : ﴿ **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ ...** ﴾ قال: يطلقها فإذا بقي يومان راجعها ثم طلقها [2] .

وفي الطبري ، والقرطبي عن مجاهد : ﴿ **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ ...** ﴾ يعني : لا تُضيِّقوا عليهن مساكنهن حتي يخرجن [3] .

وعن مقاتل أنَّ قوله : ﴿ **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ ...** ﴾ يعني : التضييق في النفقة [4] .

وفي « مفاتيح الغيب » للرازي : ﴿ **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ ...** ﴾ نهي عن مضارتهن بالتضييق عليهن في السكني والنفقة [5] .

وحاصل هذا أن تكون المضارة بمعني إلحاق الأذي بالمرأة المطلَّقة ، وإدخال الفساد علي حقوقها ؛ وذلك بالاعتداء علي تلك الحقوق .

ملاحظات حول استعمال القرآن الكريم مادة (ض ر ر) فى هذه المواضع الستة :

وبعد الفراغ من عرض استعمالات القرآن لتلك المادة في المواضع الستة المذكورة فإنه يتضح لنا أنَّ المضارة تحصل نتيجة لأحد هذه الأسباب :

السبب الأول : الاعتداء أو التعدي ، وذلك بأن يتجاوز الإنسان في أمره حدود الله التي بيَّنها .

---

(١) – آية (٦) سورة الطلاق .

(٢) – تفسير ابن كثير (جـ٤/ ٣٨٢) .

(٣) – تفسير الطبري (جـ٢٨/ ١٤٥ ، ١٤٦) ، وتفسير القرطبي (جـ٨/ ٦٦٤٧) .

(٤) – تفسير القرطبي (جـ ٨/ ٦٦٤٧) . (٥) – (م ١٥/ جـ٣٠/ ٣٦) .

وهذا التجاوز منه يكون علي حساب ما للآخرين من حقوق أو رخص ؛ إذ إن حقيقة تجاوزه الانتقاص مما للآخرين كما هو مقتضي النظر العقلي .

وإدخال النقص علي حقوق الآخرين ، وإلحاق الفساد بها يؤذيهم ، ويؤلم نفوسهم . . . ، وهذه هي المضارة .

السبب الثاني : استعمال الحق علي وجه الإخلال بمقصود الشرع ، أو بتعبير آخر استعمال الحق في غير ما شرع له ، وهو ما يعرف بمصطلح « التعسف في استعمال الحق » ؛ إذ إن الحق والرخصة لهما وظيفة اجتماعية ومقصود بهما تحقيق مصالح معينة ، وقد سبق النص علي ذلك عند ذكر تعريف كل منهما .

وحين يجرِّد الإنسان الحق من وظيفته ويستعمله في غير ما شرع له من تحقيق المصلحة - فإنه يضر بالآخرين ، ويلحق الأذي بهم ، ويدخل الفساد علي أحوالهم . وهذه هي المضارة .

السبب الثالث : إهمال الإنسان بذل العناية الواجبة عليه للآخرين بالتفريط فيما ينبغي لهم .

فمقتضي النظر في هذا السبب يؤدي بنا إلي أنْ نرتب عليه دخول النقص علي حقوق الآخرين، ولحوق الفساد بأحوالهم .

وليس بخافٍ أنَّ ذلك مما يؤذي ويؤلم . . . ، وهذه هي المضارة .

ونعرض بعد ذلك لاستعمال السُّنة لمادة (ضرر) ومشتقاتها من خلال المبحث التالي :

****

المبحث الثالث

استعمالات السنة لمادة (ضرر) ومشتقاتها

وردت مادة «ضرر» ومشتقاتها في أحاديث كثيرة للدلالة علي عدد من المعاني ، والبحث يشير فيما يلي إلي جملة من هذه الأحاديث مبيناً أظهر تلك المعاني التي استعملت فيها هذه المادة ومشتقاتها .

فمن ذلك ما رواه أبو جعفر محمد بن علي الباقر عن سمرة بن جندب : أنه كانت له عضدٌ من نخل في حائط رجل من الأنصار ، قال : ومع الرجل أهله ، قال : فكان سمرة يدخل إلي نخله فيتأذي به ، ويشق عليه ، فطلب إليه أن يبيعه ، فأبي ، فطلب إليه أن يناقله ، فأبي ، فأتي النبي -صلي الله عليه وسلم- ، فذكر له ، فطلب إليه النبي - صلي الله عليه وسلم - أن يبيعه ، فأبي ، فطلب إليه أن يناقله ، فأبي ، قال : **«فهبه ولك كذا وكذا»** أمراً رغَّبه فيه ، فأبي ، فقال : **«أنت مضار»** . فقال رسول الله - ﷺ - للأنصاري : **«اذهب فاقلع نخْله»** (١) .

والمعني : أن استعمالك لحقك في الدخول إلي نخلك - بعد ما بذل لك من الحلول - يفضي إلي الإخلال بمقصود الشرع والمحافظة علي حق الغير .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه . السنن مع عون المعبود (١٠/ ٦٤، ٦٥) : كتاب الأقضية، باب في «القضاء» حديث رقم (٣٦١٩).

وأخرجه البيهقي في السنن الكبري (٦/١٥٧) : كتاب إحياء الموات، باب « من قضي فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم علي الاجتهاد» .

قال البيهقي : وقد روي في معارضته مادل علي أنه لا يجبر عليه .

وقال المنذري في مختصر السنن (٥/ ٤٠) : في سماع الباقر من سمرة بن جندب نظر: وقد نقل من مولده ووفاة سمرة: ما يتعذر معه سماعه منه ، وقيل فيه مايمكن السماع منه . والله أعلم .

ومقصود الشرع - هنا - وقد تعارضت مفسدتان : مفسدة الاطلاع علي العورات ، ومفسدة قلع النخل-درء أعظم المفسدتين بالتزام أدناهما .

فغُدوُّ سَمُرَةَ إلي نخله ورواحُهُ منه عبر حائط الأنصاري - وبه العيال والأهل - فيه اطلاع علي العورات ، إذ من شأن النساء في حوائطهن إلقاء بعض ثيابهن ، والانتشار في حوائجهن ، ويشق عليهن التحفظ في ذلك ، ومعلوم أن الاطلاع علي العورات محرم قد ورد النهي عنه (١) .

ولحرمة الاطلاع علي العورات قضي النبي - صلي الله عليه وسلم - بقلع نخل سمرة بعد أن بذل له من الحلول ما مرَّ - مع ما في قلعه من الضرر - لأنه قصد إلي قطع أعظم الضررين إذا لم يكن بدٌّ من قطع أحدهما .

وعلي هذا فإنَّ المضارة الواردة في الحديث معناها : **«إلحاق الإنسان الأذي بالغير باستعماله حقه علي وجه الإخلال بمقصود الشرع وحقوق الغير»** .

حديثٌ **ثان :** عن شهر بن حوشب عن أبي هريرة عن رسول الله - ﷺ - قال **« إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فيجب لهما النار »، ثم قرأ عليَّ أبو هريرة :** ﴿ .. مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ

---

(١) أخرج البخاري في صحيحه أنَّ رسول الله - ﷺ - قال لرجل اطَّلع عليه من خلال باب داره : **«لو أعلم أنك تنظر لطعنت به في عينك ، إنما جعل الاستئذان من أجل البصر»**.

البخاري مع الفتح (١١/٧٩) : كتاب الاستئذان ، باب « الاستئذان من أجل البصر».

الله (١) ...– إلي قوله – ﴿وَذَٰلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ (٢) ». فقول النبي – ﷺ – (فيضاران في الوصية) من المضارة أي : يوصلان الضرر إلي الوارث بسبب الوصية للأجنبي بأكثر من الثلث ...، وقال بعضهم : كأن يوصي لغير أهل الوصية، أو يوصي بعدم إِمضاء ما أوصي به حقا بأن نَدِم عن وصيته، أو ينقُصُ بعض الوصية (٣) .

وقال ابن رجب الحنبلي (٤) : الإضرار في الوصية تارة يكون بأنْ يخُصَّ بعض الورثة بزيادة علي فرضه الذي فرضه الله له، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه؛ ولهذا قال النبي ﷺ **« إن الله قد أعطي كلَّ ذي حق حقه، فلا وصية لوارث »** (٥) .

وتارة بأن يوصي لأجنبي بزيادة علي الثلث، فتنقص حقوق الورثة؛ ولهذا قال النبي – ﷺ –: **« .. الثلث، والثلث كثير »** (٦) .

وزاد الرازي وجها آخر من وجوه الإضرار في الوصية، وهو أن يوصي بالثلث لأجنبي لا لوجه الله لكن لغرض تنقيص حقوق الورثة (٧) .

---

(١) آية (١٢، ١٣) سورة النساء.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه . السنن مع العون (٨/٦٨، ٦٩) : كتاب الوصايا، باب « ماجاء في كراهية الإضرار في الوصية» حديث رقم (٢٨٤٩).

– وأخرجه الترمذي في سننه. السنن مع التحفة (٦/٣٠٥) : كتاب الوصايا، باب« ما جاء في الوصية بالثلث »حديث رقم (٢٢٠٠) . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه .

(٣)– تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي (٦/٣٠٥).

(٤) – جامع العلوم والحكم (ص ٢٩٩) . ط : الحلبي

(٥) أخرجه الترمذي في سننه . السنن مع التحفة (٦/٣٠٩) : كتاب الوصايا ، باب ماجاء **«لاوصية لوارث»** حديث رقم (٢٢٠٣) . قال الترمذي : هذا حديث حسن.

(٦) البخاري مع الفتح (٥/٤٢٧، ٤٢٨) كتاب الوصايا ، باب **« أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس»** .

(٧) – تفسير الفخر الرازي (م٥/جـ٩/٢٣٢) .

وفي «عون المعبود» : أن قوله -ﷺ- :(**فيُضَارَّان في الوصية**) من المضارة ، وهي إيصال الضرر بالحرمان، أو بما يُعَدُّ في الشرع نُقْصانا إلى بعض من لا يستحق لولا هذه الوصية (١) .

وظاهر هذا يستفاد منه أن المضارة - في هذا الموضع - معناها : «**ما يلحق بالورثة من الأذي والتألم بسبب إدخال المورث النقص على حقوقهم ؛ إذ إن الإضرار في الوصية قَطْعٌ من الميراث**» .

حديث ثالث : أخرج الترمذي في كتاب البر، باب : «ما جاء في الخيانة والغش» عن أبي بكر الصديق -رضي الله عنه - أن رسول الله -ﷺ- قال : «**ملعون من ضارَّ مؤمنا أو مكر به**» (٢).

ومعنى المضارة : إلحاق الفساد ، وإدخال الأذى على المؤمنين ، وذلك فى دينهم ، أو جسومهم ، أو عقولهم ، أو أعراضهم ، أو أموالهم ، أى فيما جاءت الشريعة بحفظه من الكليات الخمس .

حديث رابع : ومثل النص السابق ما أخرجه أبو داود والترمذى فى سننهما عن أبى صرمة أن رسول الله - ﷺ - قال « **من ضارَّ ضار الله به (أضر الله به)** ، **ومن شاقَّ شقَّ الله عليه** » (٣) .

ومعنى المضارة فى هذا الحديث هو نفس ما قيل - فى معناها - فى الحديث السابق .

---

(١) - عون المعبود شرح سنن أبي داود (٨/ ٦٩).

(٢) - سنن الترمذي مع التحفة (٦/ ٧٢) . قال الترمذي : هذا حديث غريب .

(٣) - سنن أبي داود مع العون (١٠/ / ٦٤) : كتاب الأقضية ، باب في « القضاء» حديث رقم (٣٦١٨).

- سنن الترمذي مع التحفة (٦/ ٧١) : كتاب البر ، باب « ما جاء في الخيانة والغش » حديث رقم (٢٠٠٥) . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب.

قال صاحب عون المعبود: « **من ضار** » أي مسلما - كما في رواية - أي من أدخل علي مسلم جارا كان أو غيره مضرة (يعني : مفسدة) في ماله ، أو نفسه، أو عرضه ...، بغير حق (**أضر الله به**) أي : جازاه من جنس فعله وأدخل عليه المضرة. [1] .

حديث خامس : عن أبي قلابة أن النبي - ﷺ - قال « **لا تضاروا في الحفر** » [2] ، زاد سعيد : وذلك أن يحفر الرجل إلي جنْب الرُّجُلِ ليَذْهَبَ بمائه .

فيكون معني المضارة - حينئذ - هو : إلحاق الفساد بملك الغير، وإدخال الأذي عليهم عن طريق استعمال الحق- حق حفر بئر في ملكه المجاور لبئر الغير - علي نحو يُفضي إلي الإخلال بمقصود الشرع، وتفويت حق الغير في الانتفاع بملكه .

حديث سادس : عن عائشة أم المؤمنين عن جدامة بنت وهب الأسدية : أنها أخبرتها أنها سمعت رسول الله -ﷺ - يقول : « **لقد هممت أنْ أنهي عن الغيلة حتي ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم** » [3] .

قال مالك : والغيلة أنْ يَمَسَّ الرجل امرأته وهي ترضع [4] .

---

(١) - عون المعبود شرح سنن أبي داود (٦٤/١٠).

(٢) - مراسيل أبي داود (٣٢٨/٤)، باب في « الإضرار» حديث رقم (٣٧٠) . ط : مجلة الأزهر. وفي الحديث إرشاد إلي عدم الإضرار بألاَّ يحفر بئراً بجوار بئر الآخر ليذهب ماء بئر أخيه إليه، وهذا من الضرر المنهي عنه.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه. مسلم بشرح النووي (٣/ ٦١٨) : كتاب النكاح ، باب «جواز الغيلة - وهي وطء المرضع - وكراهة العزل» ، وأخرجه مالك في الموطأ (٣٧٦) كتاب الرضاع ، باب : « جامع ما جاء في الرضاع »

(٤) - الموطأ (٣٧٦) .

والمعني : أن الرسول– ﷺ – همَّ أن ينهي عن مس الرجل امـرأته وهي ترضع لحسبانه أن ذلك يضر بالولد – يعني الرضيع – حتي وجد الروم وفارس يفعلون ذلك فلا يضر أولادهم.

والمقصود بكون الغيلة تضر بالولد : أنها تُفَوِّتُ عليه حقَّه في الرضاع مدة كافية : ﴿ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ [1] وذلك مما يؤذيه في نفسه وجسمه.

فلما تبين أنها لا تضر لم ينه – ﷺ –عنها.

حديث سابع : قال رسول الله– ﷺ – **« لا ضرر ولاضرار »**[2] .

---

(١) – أية (٢٣٣) سورة البقرة.

(٢) – روي من حديث عبادة بن الصامت ، وعبد الله بن عباس ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة ، وجابر بن عبد الله ، وعائشة بنت أبي بكر الصديق ، وثعلبة بن أبي مالك القرظي ، وأبي لبابة – رضي الله عنهم – . انظر: نصب الراية للزيلعي (٣٨٤/٤، وما بعدها) ، وإرواء الغليل (٤٠٨/٣، وما بعدها) .

١– أما حديث عبادة فيرويه موسي بن عقبة ثنا إسحاق بن يحيي بن الوليد عنه مرفوعًا به .
أخرجه ابن ماجة (٧٨٤/٢) : كتاب الأحكام ، باب :« من بني في حقه ما يضر بجاره» حديث رقم(٢٣٤٠).
وأخرجه أحمد في مسنده، في أخبار عبادة بن الصامت(٣٢٧/٥) ، ولفظه : قضي – يعني : رسول الله – ﷺ – : «أن لا ضرر ولا ضرار ».
وزاد الألباني في « الإرواء» (٤٠٨/٣) وأخرجه أبو نعيم في « أخبار أصفهان » ، وابن عساكر في « تاريخ دمشق » . قال الألباني : وهذا إسناد ضعيف.
٢– وأما حديث ابن عباس فيرويه عنه عكرمة، وله ثلاث طرق عنه :
الأولي : عن جابر الجعفي عنه . أخرجه ابن ماجة (٧٨٤/٢) كتاب الأحكام، باب : « مَنْ بني في حقه ما يضر بجاره » ، حديث رقم (٢٣٤١) .
وأخرجه أحمد في مسنده، مسند ابن عباس (٣١٣/١) ، ولفظه : « لا ضرر ولا إضرار ، وللرجل أن يجعل خشبه في حائط جاره، والطريق الميتاء سبعة أذرع» =

وقوله - ﷺ -: « لا ضرر ولا ضرار » - فيه حذف، أصله : لا لحوق، ولا إلحاق، أو لا فعل ....

= قال الألباني في « الإرواء » (٤٠٩/٣) : وهذا سندٌ واه، جابر هو الجعفي ، قال البوصيري : «وقد اتهم ».

الثانية : عن داود بن الحصين عن عكرمة به، وزاد : « ولجارك أن يضع في جدارك خشبته».

أخرجه الدار قطني في سننه(٢٢٨/٤) في الأقضية ، حديث رقم (٨٤)، وزاد الألباني في «الإرواء » (٣/ ٤٠٩) : وأخرجه الخطيب في «الموضح» ورواه الطبراني في « الكبير» بدون الزيادة، وقال - يعني الألباني - : وهذا سندٌ لا بأس به في الشواهد، فإن ابن الحصين هذا احتج به الشيخان.

الثالثة : عن سماك عن عكرمة به .

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣٨٤/٤) : رواه ابن أبي شيبة: حدثنا معاوية بن عمرو ثنا زائدة عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً .

وقال الألباني في «الإرواء» (٤١٠/٣) : ورجاله ثقات رجال مسلم ، غير أن سماكا ، وهو ابن حرب، شأنه في روايته عن عكرمة شأن داود بن الحصين تماما.

٣- وأما حديث أبي سعيد الخدري، فيرويه عثمان بن محمد بن ربيعة بن أبي عبد الرحمن الرأي ثنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه عنه ، وزاد : « ....من ضار ضره الله، ومن شاق شق الله عليه ».

أخرجه الدار قطني في سننه (٢٢٨/٤) في الأقضية ، حديث رقم (٨٥) - من غير الزيادة المذكورة.

وأخرجه الحاكم في المستدرك (٥٧/٢، ٥٨) : كتاب البيوع . قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد علي شرط مسلم ولم يخرجاه .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبري (٦٩/٦) : كتاب الصلح ، باب : «لا ضرر ولا ضرار» والحديث ضعيف ، وقول الحاكم السابق فيه نظر. انظر : إرواء الغليل (٤١٠/٣، ٤١١) .

٤- وأما حديث أبي هريرة فيرويه أبو بكر بن عياش، قال : أراه قال عن ابن عطاء عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي - ﷺ - قال: «لاضررولاضرورة، ولا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة علي حائطه».

أخرجه الدار قطني في سننه (٢٢٨/٤) في الأقضية، حديث رقم (٨٦) . قال الزيلعي : «وأبو بكر بن عياش مختلف فيه».

وقال الألباني في «الإرواء» (٤١١/٣) : هو حسن الحديث (يعني : أبا بكر بن عياش» وقد احتج به البخاري ، وإنما علة هذا السند من شيخه ابن عطاء..... وهو ضعيف كما في «التقريب».=

. . . .

٥- وأما حديث جابر : فرواه الطبراني في «معجمه الأوسط» حدثنا بن عبدوس بن كامل ثنا بن حبان عن عمه واسع بن حبان عن جابر بن عبد الله، قال : قال رسول الله - ﷺ - « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» . قال الهيثمي : وفيه ابن إسحاق، وهو ثقة، ولكنه مدلس.

مجمع الزوائد (١١٠/٤) : كتاب البيوع، باب : « **لا ضرر ولا ضرار**».

٦- وأما حديث عائشة فله عنها طريقان :

(الأولي) : يرويها الواقدي: ثناخارجة بن عبد الله بن سليمان بن زيد بن ثابت عن أبي الرجال عن عمرة عن عائشة عن النبي - ﷺ- قال: «لاضرر ولاضرار».

أخرجه الدار قطني في سننه (٢٢٧/٤) في الأقضية، حديث رقم (٨٣).

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣٨٦/٤) : وفيه الواقدي.

وقال الألباني في « الإرواء» (٤١٢/٣) : وسنده واه جدا من أجل الواقدي فإنه متروك.

(الطريق الثانية) : يرويها نافع بن مالك أبي سهيل عن القاسم عنها ، وله عنه طريقان:

الأولي : أخرجها الطبراني في «معجمه الأوسط» : حدثنا أحمد بن رشدين ثنا روح بن صلاح ثنا سعيد بن أبي أيوب عن أبي سهيل به .

مجمع الزوائد (١١٠/٤) :كتاب البيوع، باب : «**لا ضرر ولاضرار** » قال الهيثمي : ابن رشدين هو ابن محمد بن الحجاج...، قال ابن عدي : كذبوه.

وقال الألباني في « الإرواء» (٤١٢/٣) : وهذا سندٌ واه جداً.

الثانية : رواها الطبراني - أيضا - : حدثنا أحمد بن داود المكي ثنا عمرو بن مالك الراسبي ثنا محمد بن سليمان بن مشمول عن أبي بكر بن أبي سبر عن نافع بن مالك أبي سهيل عن القاسم بن محمد عن عائشة عن النبي - ﷺ - قال : « **لا ضرر ولا ضرار**» وقال : لم يروه عن القاسم إلا نافع بن مالك.

نصب الراية للزيلعي (٣٨٦/٤) ، والحديث متكلم فيه . انظر : الإرواء (٤١٢/٣).

٧-وأما حديث ثعلبة بن مالك : فرواه الطبراني في معجمه الكبير (١٦٠/٢)، مسند ثعلبة بن أبي مالك القرظي: حدثنا محمد بن علي الصائغ المكي حدثنا يعقوب بن حميد بن كاسب ثنا إسحاق بن إبراهيم مولي مزينة عن صفوان بن سليم عن ثعلبة بن أبي مالك أن النبي -ﷺ - قال : « **لا ضرر ولا ضرار**».

قال الألباني في « الإرواء» : وهذا سند فيه ضعف، إسحاق بن إبراهيم هو ابن سعيد الصواف .

قال الحافظ في «التقريب»: لين الحديث.

٨- وأمّا حديث أبي لبابة فيرويه واسع بن حبان عنه، قال : «كانت لأبي لبابة عَذْقٌ في حائط رجل فكلّمه ، فقال : إنك تطأ حائطي إلي عَذْقك فحزها إلي مالك واكفف صاحبك مايكره ، فقال : =

. . . .

ما أنا بفاعل ، فقال : اذهب فأخرج له مثل عَذْقه إلي حائطه، ثم اضرب فوق ذلك بجدار، فإنه لا ضرر ولاضرار في الإسلام».

مراسيل أبي داود (٣٢٨/٤) باب في « الإضرار» ، حديث رقم (٣٦٩) . ط : مجلة الأزهر .

*خاتمة في ذكر تقوية العلماء لهذا الحديث :

قال النووي: « حديث حسنٌ... وله طرق يقوي بعضها بعضاً».

الأربعين النووية ص (٧٤) ،الحديث الثاني والثلاثون ، ط : الشمرلي.

وقال ابن رجب : «وهو كما قال (يعني : النووي)» . جامع العلوم والحكم (ص٢٩٨)، الحديث الثاني والثلاثون ، ط : الخامسة- مصطفي الحلبي.

وقال - رحمه الله تعالي - «أيضا» : وقد استدل الإمام أحمد بهذا الحديث ، وقال : قال النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار». جامع العلوم والحكم (ص ٢٩٨).

وقال ابن حجر الهيتمي في التعليق علي الحديث : « . ورواه ابن عبد البر من طريق كثير بن عبد الله، وكثير هذا يصحح حديثه الترمذي ، ويقول البخاري في بعض أحاديثه : هو أصح حديث في الباب، وحسَّن حديثه الخزامي ..ورواه الإمام الأعظم أبو عبد الله مالك بن أنس... وله طرق ضعيفة لكنه يقوي بعضها بعضا ،كما صرَّح ابن الصلاح، حيث قال :

أسنده الدارقطني من وجوه متصلة، وقال : حديث حسن ، وقال مرة: أسنده من وجوه ، ومجموعها يقويه ويحسنه ، وقد نقله جماهير أهل العلم واحتجوا به، فقد قال أبو داود: الفقه يدور علي خمسة أحاديث، وعدَّ هذا منها ، فهو عنده غير ضعيف... وممن استدل به أحمد ... وقال البيهقي في بعض حديث كثير السابق: إذا انضمت إلي غيرها من التي فيها ضعف قويت.

وبذلك علم أنه حسن لغيره؛ لأن ما في بعض طرقه من اللين يجبر بغيره، ويقوي ، فهو مرجح حينئذ، إذ الحديث اللين أو الضعيف من جهة الضبط قد يقوي بالشواهد المنفصلة حتي يبلغ درجة ما يجب العمل به، كالمجهول إذا وجد مزكيا صار عدلاً تقبل شهادته، وروايته، ثم ذلك الشاهد قد يكون قرآنا ، كأن يضعف الحديث فيوافقه ظاهر آية أو عموم فيقوي بها ويتعاضدان علي صيرورتهما دليلا، وقد يكون سنة عن راوي ذلك الحديث أو غيره ، ومن الأمثال : ضعيفان يغلبان قويا ، فكذلك الأسانيد اللينة إذا اجتمعت حصل منها إسناد قوي ، وأما تضعيف ابن حزم له ، وقوله فيه : أنه واهٍ - فمردود عليه لماعلمت من مخالفته لاصطلاح أئمة الحديث واحتجاج العلماء به » فتح المبين (ص ٢٣٩).

وقال نجم الدين الطوفي : « هذا الحديث ثابت يجب العمل بموجبه» . شرح حديث « لا ضرر ولاضرار» ص ١٥ ملحق بكتاب المصلحة. وقال العلائي :« الحديث شواهد ، ينتهي مجموعها إلي درجة الصحة، أو الحسن المحتج به . واحتج به الإمام مالك [انظر: الموطأ (ص٤٦٤) ، كتاب الأقضية،

ضرر أو ضرار بأحد (١) .

وخبر «لا» محذوف . أي : في ديننا أو شريعتنا (٢) .

والمعني : لا لحوق ضرر شرعا إلا بموجب خاص مخصص .

فأمَّا التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلهي لا ينتفي ، وأمَّا استثناء لحوق الضرر بموجب خاص ، فلأنَّ الحدود والعقوبات ضررٌ ،لاحِقٌ بأهلها ، وهو مشروع بالإجماع وإنما كان ذلك لدليل خاص (٣) .

وإنما كان الضرر منتفيا شرعا فيما عدا ما استثني ؛ لأن الله – عز وجل – يقول : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (٤) .

ويقول :﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾(٥) .... ، ونحو ذلك من النصوص المصرحة بوضع الدين علي تحصيل النفع والمصلحة ، فلو لم يكن الضرر والضرار منفيًّا شرعا – لزم وقوع الخلف في الأخبار الشرعية ... ، وهو محال .

باب : « القضاء في المرافق»] ، وكذلك احتج به محمد بن الحسن الشيباني في مناظرة جرت بينه وبين الإمام الشافعي، وأقره الإمام عليه [أخرجه أبو نعيم في الحلية (٩/٧٦)] ».

وقال الألباني : فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث قد جاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها ، فإن كثيرا منها لم يشتد ضعفها ، فإذا ضم بعضها إلي بعض تقوي الحديث بها وارتقي إلي درجة الصحيح إن شاء الله – تعالي – .

انظر: فيض القدير للمناوي (٦/٤٣٢) ، وإرواء الغليل (٣/٤١٣) . ويظهر من مجموع ماتقدّم صحة ما انتهي إليه نجم الدين الطوفي الحنبلي من أنَّ هذا الحديث ثابت يجب العمل بموجبه، وهو ما عليه جماهير العلماء .

(١)– فتح المبين لابن حجر الهيتمي (ص ٢٣٧) ، وشرح نجم الدين الطوفي لحديث: « لاضرر ولاضرار» ص ١٥، وفيض القدير للمناوي (٦/٤٣١) ، والمبين المعين لعلي بن سلطان محمد القاري الحنفي (ص ١٨٣).

(٢)– المصادر السابقة.

(٣)– شرح نجم الدين الطوفي ص ١٥.

(٤)– آية (١٨٥) سورة البقرة.

(٥)– آية (٧٨) سورة الحج.

فعلم أنَّ معني الحديث مامرَّ من نفي إيقاع سائر أنواع الضرر شرعاً إلا ما خصه الدليل، وأن المصالح تراعي إثباتاً ،والمفاسد تراعي نفيا؛ لأن الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع، الذي هو المصلحة .

وعلم « أيضاً » أنه لو ورد دليل خاص بضرر خُصَّ به هذا العموم علي القاعدة الأصولية : من تقديم الخاص علي العام، ولا نظر حينئذ إلي رعاية المصالح؛ لأن الشرع أدري بذلك من غيره في العبادات ، والعادات ، والمعاملات [1] .

وكان لمعني هذا الحديث أثر كبير فيما ذهب إليه نجم الدين الطوفي من تقديم للمصلحة .

يقول ـ رحمه الله ـ :

« وامَّا معناه فهو ما أشرنا إليه من نفي الضرر والمفاسد شرعا ، وهو نفي عام إلا ما خصصه الدليل، وهذا يقتضي تقديم مقتضي هذا الحديث علي جميع أدلة الشرع ، وتخصيصها به في نفي الضرر وتحصيل المصلحة؛ لأنا لو فرضنا أنَّ بعض أدلة الشرع تضمن ضررا - فإن نفيناه بهذا الحديث كان عملاً بالدليلين ، وإنْ لم ننفه كان تعطيلاً لأحدهما ، وهو هذا الحديث ، ولا شك أن الجمع بين النصوص في العمل بها أولي من تعطيل بعضها » [2] .

---

(١)- فتح المبين لابن حجر الهيتمي ص (٢٣٧).

(٢)- شرح نجم الدين الطوفي لحديث « لا ضرر ولا ضرار» (ص ١٥).

وهذه الدعوي - دعوي تخصيص كل نص تضمن ضرراً بالحديث - تعكس الوضع في التخصيص ، فإن الخاص هو الذي يخصص العام لا العكس ، وهذا النص : « لا ضرر ولا ضرار» يراد به عند الطوفي - علي عمومه الشامل - تخصيص كل نص في مسألة فرعية يؤدي العمل به فيها إلي بعض الضرر ، مع أن المفروض أن يخصص هو بهذه المسائل الفرعية علي فرض وجودها ، فيباح بعض الضرر فيها بنص خاص استثناء من هذا النص العام .

انظر : المصلحة للدكتور / مصطفي زيد (ص ١٤٤).

فالطوفي قد ذهب إلي تقديم مقتضي هذا الحديث علي جميع أدلة الشرع، وأنها تخصص به، وذلك في نفي الضرر وقطعه ، وجلب المصلحة وتحصيلها .

وهذا المذهب - علي ما فيه من التجاوز - يبيِّنُ لنا مدي حجية الحديث في نفي عموم الضرر، حتي إنه ليذهب أحد الفقهاء إلي اعتباره قاضياً علي باقي أدلة الشرع من جهة تخصيصها به في نفي الضرر وتحصيل المصلحة .

وظاهر الحديث : تحريم سائر أنواع الضرر، إلا لدليل؛ لأنَّ النكرة في سياق النفي تعمُّ (١) .

قال الشوكاني بعد ذكره الحديث :

« هذا فيه دليل علي تحريم الضرار علي أيِّ صفة كان، من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلابدليل يخص به هذا العموم، فعليك بمطالبة مَنْ جوَّز المضارة - في بعض الصور - بالدليل ، فإن جاء قبلته ، وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه، فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات، وجزئيات » (٢) .

وقال صاحب سبل السلام :

« وقد دلَّ الحديث علي تحريم الضرر؛ لأنه إذا نَفَي ذاته دلَّ علي النهي عنه؛ لأنَّ النهي لطلب الكفِّ عن الفعل ، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل ،

---

(١)- فتح المبين (٢٣٧) ، وفيض القدير (٤٣١/٦) ، والمبين المعين (١٨٣)، والجواهر اللؤلؤية في شرح الأربعين النووية: لمحمد بن عبد الله الجرداني الدمياطي الشافعي- ط: المطبعة المليجية بمصر- الطبعة الثانية ص (٢٤٤) ، وحاشية الشيخ عبدالله بن الشيخ محمد النبراوي، ص (١٤١).

(٢) - نيل الأوطار (٣٥٨/٦).

فاستعمل اللازم في الملزوم ، وتحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعا إلا مادل الشرع علي إباحته رعاية للمصلحة التي تربو علي المفسدة، وذلك مثل إقامة الحدود ونحوها ، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة » (١) .

وللعلماء في تفسير الضرر في الحديث ثلاثة أقوال :

الأول : أنَّ الضرر هو « ان ينقُصَ الرجل أخاه شيئا من حقه » قال ابن الأثير :

« فمعني قوله : (لا ضرر) أي : لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه » (٢) .

الثاني : أنَّ الضرر هو « ضِدُّ النفع » . قال ابن الأثير: « وقيل الضرر ما تضرُّ به صاحبك وتنتفع به أنت » (٣) .

الثالث : أن الضرر هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً . قال نجم الدين الطوفي :

« الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا» (٤) .

أمَّا الضرار فهو فِعَال من الضُّر. وقوله -ﷺ- **«ولا ضرار»** أي لا يجازي أحد أحدا علي إضراره بإدخال الضرر عليه، فالضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه ، وقيل : الضرار أنْ يَضُرَّ الرجل الرجل من غير أن ينتفع به (٥) .

---

(١)- سبل السلام (٩٢٨/٣).

(٢) النهاية في شرح غريب الحديث لابن الأثير الجزري (٨١/٣).

(٣) – المصدر السابق .

(٤) شرح نجم الدين الطوفي لحديث « لا ضرر» . تحقيق الدكتور مصطفي زيد – رحمه الله – ملحق بكتابه المصلحة في التشريع الإسلامي ص ١٥.

(٥) – النهاية لابن الأثير (٨١/٣).

وقال الطوفي : « الضرار إلحاق مفسدة بالغير علي جهة المقابلة : أي كل منهما يقصد ضرر صاحبه » [1] .

حديث ثامن: عن البراء قال : لما نزلت ﴿ لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾[2] . قال النبي – ﷺ – : « **ادعوا فلانا** ، فجاءه ومعه الدواة واللوح– أو الكتف– فقال : اكتب ﴿ لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ وخلْف النبي – ﷺ – ابن أم مكتوم فقال : يا رسول الله أنا ضرير ، فنزلتْ مكانها : ﴿ لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله ﴾[3] » .

وفي رواية أخري : « فجاء ابن أم مكتوم فشكا ضرارته، فأنزل الله ﴿ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ ﴾ »، والضَّرَارة – ههنا – : العَمَي ، والرجل ضرير، وهي من الضَّر وسوء الحال، والضرير : المهزول، وكلُّ شيء خالطه ضر.

---

(١) – شرح حديث « لا ضرر» ص ١٥.   (٢) – آية (٩٥) سورة النساء .

(٣) – أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (١٠٨/٨) كتاب التفسير ، باب : ﴿ لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ حديث رقم (٤٥٩٤).

وأخرجه الترمذي : السنن مع التحفة (٣١١/٥، ٣١٢) كتاب الجهاد ، باب : « في أهل العُذر في القعود » ، حديث رقم (١٧٢١) ، وأخرجه في كتاب التفسير : السنن مع التحفة (٣٨٧/٨) ، حديث رقم (٥٠٢٢) ، وأخرجه النسائي : السنن مع شرح السيوطي وحاشية السندي (١٠/٦) كتاب الجهاد ، باب « فضل المجاهدين علي القاعدين » .

وللحديث طريق أخري عن زيد بن ثابت ، فعن ابن شهاب قال : حدثني سهل بن سعد الساعدي أنه رأي مروان بن الحكم في المسجد، قال : فأقبلت حتي جلست إلي جنبه ، فأخبرنا أن زيد بن ثابت أخبره، فذكر نحوه ، أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (١٠٨/٨) كتاب التفسير ، باب ﴿ لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ . حديث رقم (٤٥٩٢).

وأخرج أبو داود نحوه من حديث أبي الزناد عن أبيه عن خارجة بن زيد عن زيد بن ثابت : كتاب الجهاد ، باب: « الرخصة في القعود من العذر » . السنن مع العون (١٨٤/٧) حديث رقم (٢٤٩٠).

وأخرجه الترمذي : السنن مع التحفة (٣٩٠/٨، ٣٩١) كتاب التفسير ، حديث رقم (٥٠٢٤).

وأخرجه النسائي : سنن النسائي مع شرح السيوطي وحاشية السندي (٦/ ٩) كتاب الجهاد، باب : « فضل المجاهدين علي القاعدين ».

وأهل الضرر هم أهل الأعذار؛ إذْ قد أضرَّت بهم حتى منعتهم الجهاد (١) .

وقال في الكشَّاف : الضرر المرض ، أو العاهة من عَمىً ، أو عَرَجٍ ، أوْ زَمَانةٍ ونحوها (٢) .

حديث تاسع : عن أبي هريرة قال : قال رسول الله -ﷺ- « **إن لله - تعالى - تسعة وتسعين اسما مَنْ أحصاها دخل الجنة ، هو الله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم ... ، المانع الضارُّ النافع** . . إلى آخر الحديث »(٣)

فالضارُّ النافعُ اسمان من أسماء الله - تعالى- ، فهو الذي ينفع مَنْ يشاء مِن خلقه ويضره، حيث هو خالق الأشياء كلها : خيرها، وشرها ، ونفعها وضرها، والضر والضُّرُّ لغتان ضدُّ النفع (٤) .

قال في تحفة الأحوذي : (الضار) أي : الذي يضر مَنْ يشاء مِنْ خلقه حيث هو خالق الأشياء كلها : خيرها ، وشرها ، ونفعها ، وضرها (٥) .

---

(١)- انظر : تفسير القرطبي (٣/ ١٩١٢). (٢) - الكشاف للزمخشري (١/ ٥٥٣).

(٣) - أخرجه الترمذي: السنن مع التحفة (٩/ ٤٨٢، وما بعدها) باب : « ما جاء في جامع الدعوات عن رسول الله -ﷺ- » حديث رقم (٣٥٧٤) قال : هذا حديث غريب ، حدثنا به غير واحد عن صفوان بن صالح ، ولا نعرفه إلا من حديث صفوان بن صالح ، وهو ثقة عند أهل الحديث ، وقد روي هذا الحديث من غير وجه أبي هريرة عن النبي - ﷺ -، ولا نعلم في كثير من الروايات - له إسناد صحيح - ذكر الأسماء إلا في هذا الحديث ، وقد روي آدم بن أبي إياس هذا الحديث بإسناد غير هذا عن أبي هريرة عن النبي -ﷺ- وذكر فيه الأسماء، وليس له إسناد صحيح.

وأخرج نحوه ابن ماجة في سننه من حديث موسي بن عقبة ، قال : حدثني عبد الرحمن الأعرج عن أبي هريرة.

السنن بتر قيم محمد فؤاد عبد الباقي (٢/ ١٦٩) كتاب الدعاء، باب : « أسماء' الله عز وجل» .

ونقل محمد فؤاد عبد الباقي : أنَّ طريق الترمذي أصحُّ شيء في الباب ، وأنَّ إسناد طريق ابن ماجة ضعيف .

(٤)- انظر: لسان العرب مادة « ضرر» (٤/ ٢٥٧٢).

(٥) - تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي(٩/ ٤٨٨).

حديث عاشر : عن قيس بن عباد قال : صلَّي عمار بن ياسر بالقوم صلاة أخفَّها ، فكأنهم أنكروها . فقال : ألم أتم الركوع والسجود؟ قالوا : بلي . قال : أما دعوت فيها بدعاء كان النبي - ﷺ - يدعو به : « **اللهم بعلمك الغيب ، وقدرتك علي الخلق أحيني ماعلمت الحياة خيراً لي، وتوفني إذا علمت الوفاة خيراً، وأسألك خشيتك في الغيب والشهادة، وكلمة الإخلاص في الرضا والغضب ، وأسألك نعيماً لا ينفد ، وقرة عين لا تنقطع ، وأسألك الرضا بالقضاء ، وبرد العيش بعد الموت،ولذة النظر إلي وجهك ، والشوق إلي لقائك.، وأعوذ بك من ضرَّاء مضرة، وفتنة مضلة، اللهم زينا بزينة الإيمان ، واجعلنا هداة مهتدين** » [١] .

وفي رواية أخري : « ... **، وأسألك خشيتك في الغيب والشهادة ..، والشوق إلي لقائك في غير ضراء مضرة** » [٢] .

فعلي الرواية الأولي يتوجه أن يكون معني الضراء : « النقص في الأموال والأنفس» أي : الفقر والشدة، والعذاب والمرض.

ويتوجه علي الرواية الثانية رواية : « **وأسألك الشوق إلي لقائك في غير ضراء مضرة** » أن يكون المعني : من غير أنْ يقع بي في رؤيتك ضُرٌّ من الازدحام والاجتماع عند النظر إليه - سبحانه وتعالي- بحيث يضيق بعضهم علي بعض، والضرر : الضيق.

---

(١) - أخرجه النسائي في سننه : السنن مع شرح السيوطي وحاشية السندي (٣/ ٥٥) كتاب السهو ، باب : «الدعاء بعد الذكر».

(٢)- أخرجه النسائي في سننه من حديث عطاء بن السائب عن أبيه : السنن مع شرح السيوطي وحاشية السندي (٣/٥٥)، كتاب السهو ، باب : «الدعاء بعد الذكر» .

ومُضِرَّة : اسم فاعل من أضرَّ [١] .

والحديث الحادي عشر : عن عبد الرحمن بن أبي ليلي عن صهيب قال : قال رسول الله - ﷺ - : **« عجبا لأمر المؤمن ، إن أمره كله خير، وليس ذلك لأحد إلا للمؤمن إن أصابته سرَّاءُ شكر فكان خيراً له، وإن أصابته ضراء صبر فكان خيرا له »** [٢] .

والضَّرَّاء في الحديث معناها : الشدة وسوء الحال [٣] .

الحديث الثاني عشر: عن عبد الرحمن بن عوف قال : « ابتلينا مع رسول الله - ﷺ - بالضراء فصبرنا، ثم ابتلينا بالسرَّاء بعده فلم نصبر» [٤] . فالضراء حالة تضر، والسَّراء ضدها ،وهما بناءان للمؤنث، لا مذكرلهما . والمعني أننا اختُبِرْنا بالفقر والشدة، والعذاب ، فصبرنا عليه ، فلما جاءتنا الدنيا والسعة والراحة بطرنا [٥] .

الحديث الثالث عشر: عن يزيد الفقير عن جابر بن عبد الله قال : «أتت [أتيت] النبي - ﷺ- بواكي [يواكئ] فقال : **« اللهم اسقنا غيثا مريعا مريعا نافعا غير ضار ، عاجلا غيرآجل » قال : فاطبقت عليهم السماء»** [٦] .

---

(١)- انظر : النهاية لابن الأثير الجزري مادة «ضرر» ، واللسان لابن منظور مادة «ضرر» ، وشرح السيوطي وحاشية السندي علي سنن النسائي (٣/ ٥٥) .

(٢)- أخرجه مسلم : مسلم بشرح النووي (٥/ ٨٤٤) كتاب الزهد ، باب : « في أحاديث متفرقة» .

(٣)- انظر : النهاية لابن الأثير الجزري مادة «ضرر» ، ولسان العرب لابن منظور مادة «ضرر» .

(٤)- أخرجه الترمذي : السنن مع التحفة (٧/ ١٦٤) أبواب القيامة ، حديث رقم (٥٨٢) . قال أبو عيسي -يعني الترمذي-: هذا حديث حسن .

(٥)- انظر : النهاية مادة «ضرر» ، ولسان العرب مادة «ضرر» .

(٦)- أخرجه أبو داود : السنن مع العون (٤/ ٣١ ، ٣٢) كتاب الاستسقاء ، باب : «رفع اليدين في الاستسقاء» .

والغيث الضار : الذي تتهدم به البيوت ، وتتلف به الزروع والثمار ، وينقطع بسببه السَّير ، فتتعطل الحياة، وفي رواية ابن ماجه [1] ما يدل علي هذا المعني ، فقد أخرج ابن ماجة عن شرحبيل بن السمط أنه قال لكعب : يا كعب بن مرة حدثنا عن رسول الله - ﷺ - واحذر . قال : جاء رجل إلي النبي - ﷺ - فقال يا رسول الله : استسق الله ، فرفع رسول الله - ﷺ - يديه فقال : **« اللهم اسقنا غيثا ، مريئا [2] ، مَرِيعًا[3] طَبَقا [4] ، عاجلا غير رائث ، نافعا غير ضار »** .قال : فما جَمَّعُوا[5] حتي أُحيُوا . قال : فأتوه فشكوا إليه المطر ، فقالوا : يا رسول الله : تهدمت البيوت . فقال: **« اللهم حوالينا لا علينا »** . قال : فجعل السحاب ينقطع يمينا وشمالا .

فهذا يدل علي أن من الغيث ما هو ضار كالذي يؤدي إلي الغرق والهدم ونحو ذلك .

الحديث الرابع عشر : عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : خرجنا مع رسول الله - ﷺ - مهلين بالحج في أشهر الحج، وفي حرم الحج، وفي ليالي الحج ، حتي نزلنا بسرف، فخرج إلي أصحابه فقال : **« من لم يكن معه منكم هدي فأحب أن يجعلها عمرة فليفعل، ومَنْ كان معه**

---

(١)- سنن ابن ماجة (١/ ٤٠٤) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها ، باب : «ما جاء في الدعاء في الاستسقاء» .

(٢)- مريئًا : أي هنيئًا محمود العاقبة لا ضرر فيه من الغرق أو الهدم .

(٣)- مريعًا : يروي علي وجهين : بالياء ، والباء ، فمن رواه بالياء جعله من المراعة ، وهو الخصب ، يقال منه : أمرع المكان إذا أخصب ، ومن رواه مربعًا بالباء جعله من الربيع ، وهو الإنبات .

(٤)- طبقًا : أي مائلا إلي الأرض مغطيًا ، والغيث الطبق : العام الواسع .

(٥)- جمَّعوا : أي صلوا الجمعة .

انظر : عون المعبود شرح سنن أبي داود (٤/ ٣١ ، ٣٢) .

هدي فلا » فمنهم الآخذ بها ، والتارك لها ممن لم يكن معه هدي ، فأما رسول الله – ﷺ – فكان معه الهدي، ومع رجال من أصحابه لهم قوة ، فدخل عليَّ رسول الله – ﷺ – وأنا أبكي ، فقال : « **ما يبكيك؟** » قلت : سمعت كلامك مع أصحابك ، فسمعت بالعمرة. قال « **ومالك؟** » قالت : لا أصلي. قال : « **فلا يضرك ، فكوني في حجك فعسي الله أن يرزقكيها ، وإنما أنت من بنات آدم ، كتب الله عليك ماكتب عليهن** » [1] .

فقوله – ﷺ – « **فلا يضرك** » معناه : لاينقصُ من شأنك ومنزلتك أنْ حِضْتِ فلم تستطيعي العمرة الآن مع مَنْ اعتمر ، فالحيض لادخل لك فيه ، وإنما أمرُكتبه الله علي بنات آدم، وأنت منهن، فإذا طهرت اعتمرت وكان لك من الأجر مثل أجورهم.

أو أنه لا يؤلمك هذ ولا يؤذيك أنْ حضت فلم يمكنك الاعتمار ، فالضرر : النَّقْصُ والإِيلامُ، والإِيذاء .

الحديث الخامس عشر : عن أبي أمامة الباهلي قال خطبنا رسول الله –ﷺ - فكان أكثر خطبته حديثاً حدثناه عن الدجال، وحذَّرناه ، فكان من قوله أن قال : « **إنه لم تكن فتنة في الأرض منذ ذرأ الله ذرية آدم أعظم من فتنة الدجال، وإن الله لم يبعث نبيا إلا حذر أمته الدجال، وأنا آخر الأنبياء، وأنتم آخر الأمم، وهو خارج فيكم لا محالة** » .... الحديث ، فوصف – صلى الله عليه وسلم – الدجال صفة لم يصفها إياه نبي قبله إلى أن قال – ﷺ –

---

(١)- أخرجه البخاري ، ومسلم : البخاري مع الفتح (٣/ ٤٩٠) كتاب الحج ، باب قول الله – تعالى – : ﴿ **الحج أشهر معلومات ...** ﴾ .

مسلم بشرح النووي (٣/ ٣١٥ ، ٣١٦) كتاب الحج ، باب : « بيان حج الحائض ، ومذاهب العلماء في تحلل المعتمر المتمتع».

«فيكون عيسى بن مريم عليه السلام في أمتي حكماً عدلاً ، وإماماً مقسطا ... ، وترفع الشحناء والتباغض ، وتُنْزَع حُمَةُ كل ذات حُمَة حتى يدخل الوليد يده في الحيَّة فلا تضره ، وتُفرُّ الوليدة الأسد فلا يضرها» [١] .

ومعنى قوله – ﷺ – « **فلا تضره** » أي لا تؤذيه ، وكذلك قوله « **فلا يضرها** » أي لا يؤذيها، فالضرر الأذى .

الحديث السادس عشر : عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – أنَّ أناسا في زمن النبي – ﷺ – قالوا يا رسول الله هل نرى ربنا يوم القيامة ؟ قال النبي – ﷺ – :« **نعم هل تضارون في رؤية الشمس بالظهيرة ، ضوء ليس فيه سحاب** » قالوا : لا . قال : « **وهل تضارون في رؤية القمر ليلة البدر، ضوء ليس فيه سحاب**» قالوا : لا . قال النبي –ﷺ – : « **ما تضارون في رؤية الله –عز وجل– يوم القيامة إلا كما تضارون في رؤية أحدهما** ».. الحديث [٢] ، وقد اختلف في قراءة قوله « **تضارون** » ومعناه .

قال أبو منصور : روي هذا الحرف «**تُضارُّون**» **بالتشديد** من الضُّر. أي: لا يضر بعضكم بعضاً ، وروي « **تُضارُون** » بالتخفيف من الضير ، ومعناهما واحد ، ضارَه ضيراً فضرَّه ضرًّا ، والمعنى : « لا يضارُّ بعضكم بعضا في رؤيته . أي : لا يضايقه لينفرد برؤيته، والضرر : الضيق ، وقيل : لا تضارون في رؤيته، أي : لا يخالف بعضكم بعضا فيكذبه، يقال : ضاررت الرجل ضرارا، ومضارَّة إذا خالفته [٣] .

---

(١)- أخرجه ابن ماجة في سننه : السنن (٢/ ١٣٥٩ ، وما بعدها) كتاب الفتن ، باب : «فتنة الدجال وخروج عيسي بن مريم...» ، حديث رقم (٤٠٧٧) .

(٢)- أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (٨/ ٩٨) كتاب التفسير ، باب : «إن الله لايظلم مثقال ذرة» .

(٣)- انظر : لسان العرب مادة «ضرر» .

وبهذا قال ابن الأثير ، فقد جاء في « النهاية » : أن الحديث روي بالتخفيف : « تُضَارُون »، وروي التشديد : « تُضَارُّون » ، فالتشديد بمعني لا تتخالفون ، ولا تتجادلون في صحة النظر إليه لوضوحه وظهوره، يقال ضارَّه يضارّه مثل ضرَّه يضره وقيل : أراد بالمضارة : الاجتماع والازدحام عند النظر إليه.

وأما التخفيف فهو من الضّيْر لغةٌ في الضّر ، و المعني فيه كالأول(١) .

وقال الجوهري : وبعضهم يقول : لا تَضَارُّون بفتح التاء . أي : لا تَضامّون، ويروي : لا تَضامُّون في رؤيته، أي : لا يَنْضَمُّ بعضكم إلي بعض فيزاحمه، ويقول له : أرنيه ،كما يفعلونه عند النظر إلي الهلال ، ولكن ينفرد كل منهم برؤيته، ويروي : لا تَضامَون بالتخفيف، ومعناه : لا ينالكم ضيم في رؤيته . أي ترونه حتي تستووا في الرؤية فلا يضيم بعضكم بعضاً .

وقال ابن سيده : وامَّا من رواه لا تُضارُّون في رؤيته علي صيغة من لم يسم فاعله فهو من المضايقة ، أي : لا تضامون تضاما يدنو به بعضكم من بعض فتُضايَقون .

وقال أبو بكر : مَنْ رواه هل تضارُّون في رؤيته ، معناه هل تتنازعون وتختلفون ، وهو تتفاعلون من الضرار، أو أنه لا يقع بكم في رؤيته ضر ، وتُضارُون بالتخفيف من الضير ، وهو الضُّرُّ (٢) .

فهذه جملة معاني متقاربة تحتملها اللفظة، وكلها صحيحة . قال الأزهري : ومعاني هذه الألفاظ وإن اختلفت متقاربة وكل ماروي فيه صحيحٌ ، ولايدفع لفظٌ منها لفظا.(٣) .

---

(١)- النهاية لابن الأثير مادة «ضرر» .

(٢)- انظر لسان العرب مادة «ضرر» . (٣)- السابق .

الحديث السابع عشر : عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال « **من أنفق زوجين في سبيل الله نودي من أبواب الجنة : يا عبد الله هذا خير ، فمن كان من أهل الصلاة دعي من باب الصلاة، ومن كان من أهل الجهاد دعي من باب الجهاد ، ومن كان من أهل الصيام دعي من باب الريان، ومن كان من أهل الصدقة دعي من باب الصدقة** » . فقال أبو بكر - رضي رضي الله عنه - بأبي أنت وأمي يا رسول الله ، ما علي مَنْ دعي من تلك الأبواب من ضرورة ، فهل يُدْعَي أحدٌ من تلك الأبواب كلها ؟ قال : « **نعم وأرجو أنْ تكون هو** » [1] .

والمعني : أي ليس له ضرروة (حاجة تلجئ) إلي أن يدعي من جميع الأبواب؛ إذ الباب الواحد يكفي لدخوله الجنة [2] .

قال في المنتقي : «وقول أبي بكر - رضي الله عنه - ما علي مَنْ يُدعَي مِنْ هذه الأبواب من ضرورة - ظاهره : أنه ليس عليه ضرورة (حاجة) في أنْ يدعي من غيرها ، وأنَّ الدعاء من واحد منها يكفي في التناهي في الخير ، وسعة الثواب . »[3] .

فالضرورة - إذاً - هي الحاجة الملجئة .

---

(١)- أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (٤/ ١٣٣) كتاب الصوم ، باب «الريان للصائمين» ، حديث رقم (١٨٩٧) . وأخرجه مسلم : مسلم بشرح النووي (٣/ ٦٥ ، ٦٦) كتاب الزكاة ، باب «فضل من ضم إلي الصدقة غيرها من أنواع البر» . وأخرجه مالك في الموطأ : الموطأ مع المنتقي (٣/ ٢١٨) كتاب الجهاد ، باب «ما جاء في الخيل ... ، والنفقة في الغزو» وأخرجه النسائي : السنن مع حاشية السندي ، وشرح السيوطي (٤/ ١٦٩) كتاب الصيام ، باب « فضل الصيام» .

(٢) انظر : حاشية السندي علي سنن النسائي (٤/ ١٦٩) .

(٣)- المنتقي شرح الموطأ للباجي (٣/ ٢١٨) .

الحديث الثامن عشر : عن عبد الله بن أبي قتادة عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله - ﷺ - «**مَنْ ترك الجمعة ثلاثا من غير ضرورة طبع الله علي قلبه**»(١) .

ومعني قوله : « **من غير ضرورة** » أي من غير أن تكون به حاجة ملجئة إلي ذلك أو عذر يمنعه : كسفر ، أو مرض .

الحديث التاسع عشر : أخرج الترمذي عن ابن عباس : « أنَّ النبي - ﷺ - احتجم وهو محرم » قال : وقدْ رخَّصَ قومٌ من أهل العلم في الحجامة للمحرم. قالوا : لا يحلق شعرا. وقال مالك : لا يحتجم المحرم إلا من ضرورة، وقال سفيان الثوري والشافعي : لا بأس أنْ يحتجم المحرم ولاينزع شعرا(٢) .

فالاحتجام عند مالك - رحمه الله - كان مِنْ ضرورة . والمعني : أنه ليس للمحرم فعل ذلك علي العادة من الاحتجام والفِصادة لغير مرض يُدفع ، ولا لعلَّةٍ تُزال ، وإنما هو لاستصحاب الصحة، وأمَّا إذا خاف تجدد مرض، أوْ زيادته ، أوْ دوامه، ورجا في الحجامة دفع مايخاف، فإنَّ الحجامة له مباحة(٣) .

وعلي هذا تكون الضرورة ههنا بمعني المرض والعلة .

---

(١)- أخرجه ابن ماجة في سننه (١/ ٣٥٧) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها ، باب «فيمن ترك الجمعة من غير عذر» . قال في الزوائد : الحديث إسناده صحيح ، ورجاله ثقات .

(٢) سنن الترمذي مع التحفة (٣/ ٥٧٧ ، ٥٧٨) كتاب الحج ، باب : «ما جاء في الحجامة للمحرم» . وفي الباب عن أنس ، وعبد الله بن بحينة .
قال أبو عيسي : حديث ابن عباس حديث حسن صحيح .

(٣)- الموطأ مع المنتقي (٢/ ٢٤٠) كتاب الحج ، باب : « حجامة المحرم» . هذا وإباحة الحجامة علي وفق ما ذكر المالكية من وجوب الفدية وانتفائها .

الحديث العشرون: عن علي-رضي الله عنه - أنه قال « نهى النبي-ﷺ-عن بيع المضطر»[1].

وبيع المضطر هذا يكون من وجهين ، أحدهما أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه، فهذا فاسد لاينعقد .

والوجه الآخر: أن يضطر إلى البيع لدين ركبه، أو مؤنة ترهقه، فيبيع ما في يده بالوكس من أجل الضرورة. فهذا سبيله في حق الدّين والمروءة : أن لا يُبايَعَ على هذا الوجه، وأن لا يُفْتَات عليه بماله ، ولكن يُعان ويُقرض، ويُستمهل إلى الميسرة حتي يكون له في ذلك بلاغ ، فإن عقد البيع مع الضرورة على هذا الوجه جاز في الحكم ولم يفسخ ، إلا أن عامة أهل العلم كرهوا هذا البيع[2] .

وهكذا نجد أن هذه الجملة من استعمالات السنة لمادة « ضرر » -كما هو الظاهر من التناول لهذا العدد من النصوص الحديثية - لم تخرج عن مجموع استعمالات القرآن لهذه المادة، فهي هي نفس الاستعمالات، والتي قد سبق بيان أنها تلتقي مع الاستعمالات اللغوية لتلك المادة ،كما يلاحظ ما تقرّر قبل من رد الضرر - في كثير منها - إلى أحد هذه الأسباب الثلاثة :

١ ـ مجاوزة الإنسان في أمره حدود الله التي بينّها، أو بتعبير آخر اعتداء الإنسان (تعديه) على ما للآخرين من حقوق أو رخص[3] .

---

(١)- أخرجه أبو داود في سننه : السنن مع العون (٩/ ٢٣٥) كتاب البيوع ، باب : «في بيع المضطر» . قال الخطابي في معالم السنن (٥/ ٤٧) : وفي إسناد هذا الحديث رجلٌ مجهول ، لاندري من هو ؟

(٢) - انظر : معالم السنن للخطابي (٥/ ٤٧) .

(٣)- راجع - مثلاً - ما تقدم من حديث المضارة في الوصية : كأنْ يُوصي لأجنبيٍّ بأكثر من الثُّلث .

٢ ـ استعمال الإنسان حقَّه على وجه الإخلال بمقصود الشرع، وحقوق الغير[١].

٣ ـ إِهمال الإنسان بذل العناية الواجبة عليه للآخرين بالتفريط فيما ينبغي لهم[٢].

وينتقل البحث بعد هذا إلى حيث الآثار الموقوفة على الصحابة والتابعين، ليطالع فيها مادة «ضرر» ودلالات استعمالهم لها، وذلك من خلال المبحث التالي.

---

(١) - راجع - مثلاً - ما تقدّم من حديث سمرة ودخوله علي الأنصاري وأهله من غير استئذان ليري نخله .

(٢) - راجع - مثلاً - أحاديث النهي عن المضارة - بوجه عام - فإنه من معاني الضرر الممنوع منه : أنْ لا يأخذ الإنسان نفسه بالحرص والحيطة والحذر عند استعماله لحقوقه أو رخصه بحيث يقع بسبب ذلك نوع أذي للغير .

المبحث الرابع

ستعمالات مادة «ضرر» ومشتقاتها في الآثار الموقوفة على الصحابة والتابعين

استعملت مادة «ضرر» ومشتقاتها فى جملة من الآثار للدلالة على عدد من المعانى ، والبحث يورد فيما يلى هذه الآثار مبيناً هذه المعانى .

فمن ذلك ما روى مالك عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبي محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك ؟! فأبي محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، فقال محمد : لا . فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع ، تسقي به أولا وآخرا ، وهو لا يضرك ؟!. فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرن به ولو علي بطنك ، فأمر عمر أن يمرّ به ففعل الضحاك [1] .

فقضاء عمر هذا دليل علي ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض من حق إمرار الماء في أرض الغير ، بحيث إذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه ، اعتبر مضرا ، ويجبر علي التمكين ما لم يلحقه ضرر بيّن [2] .

---

(١) - الموطأ مع المنتقي (٦/ ٤٥) كتاب القضاء ، باب : « القضاء في المرافق » .

(٢) - وهذا هو القول الثالث لمالك . ففي المنتقي : « ولمالك فيه ثلاثة أقوال - أي في قضاء عمر هذا - ... ، القول الثالث : الأخذ بقول عمر علي إطلاق لفظه ، وهي رواية زياد بن عبدالرحمن الأندلسي ، حكاها أبو محمد في نوادره ، وأصل ذلك ما روي عن النبي -صلي الله عليه وسلم-=

وعلي هذا فالضرر الحقيقي - هنا - هو : منع المالك غيره من الارتفاق بملكه عند الحاجة مع أن هذا الارتفاق لا يضر به ، بل إنه يلحقه بسببه نوع نفع ، وهذا ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق .

ذلك أن حرية التصرف في الملك - سلبا و إيجابا - وإن كانت هي الأصل - إلا أنها يجب أن تمارس علي وجه لا يلحق ضررا راجحا بالغير ، فلا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه علي وجه يضر بغيره دون أن يجني من تصرفه هذا منفعة من جلب مصلحة ، أو درء مفسدة ، أو بعبارة أخري دون أن يقصد إلي غرض صحيح [١] .

أثر ثان : روي مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال : «أيما رجل تزوج امرأة ، وبه جنون أو ضرر فإنها تخيَّر ، فإن شاءت قرّت ، وإن شاءت فارقت» [٢] .

قال ابن زيد : قلت لعيسي بن دينار قول سعيد بن المسيب : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون ، أو جذام أو برص فإنه بالخيار . ما هذا الضرر ؟ فقال : جذام ، أو شيء يمنع الوطء [٣] .

قال الباجي : وأما رواية الأصل (أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو مرض) فالضرر في الزوج : الجذام ، والعنة [٤] . . . ، وأما علي سؤال بن

= أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار » ، والضرار إدخال الضرر علي الجار دون منفعة لمن جوز ذلك الضرر » .المنتقي (٤٦/٦ ، ٤٧) .

وهو الرواية الأخري عند الحنابلة . انظر : المغني (٣٧١/٤) . ط : مكتبة القاهرة .

(١) - انظر : نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني (١٦٤) .

(٢) - الموطأ (٣٤٨) كتاب الطلاق ، باب : « ما جاء في الخيار» . ط : دار الشعب .

(٣)- المنتقي شرح الموطأ للباجي (٥٧/٤ ، ٥٨) .

(٤)- العنة : هي أن يوجد بالرجل ما يعترض الوطء ، والعنين : هو الذي لا يمكنه الوطء ، وقيل هو الذي له ذكر ، ولكن لا ينتشر .

زيد فإن الضرر في المرأة – غير ما ذكر – داء في الفرج وهو القرن [1] الذي يمنع الوطء ، أو ما أشبهه من موانع الوطء [2] .

وعلي هذا فإنه يكون الضرر– هنا – مستعملا للدلالة علي المرض الذي به يكون الرجل معيبا لا يصلح للزواج ، مما يثبت للمرأة الخيار ، فإن شاءت قرت ، وإن شاءت فارقت ، وللدلاله – أيضا – علي المرض الذي به تكون المرأة معيبة لا تصلح للزواج ، مما يثبت للرجل الخيار ، فإن شاء أمسك ، وإن شاء فارق [3] .

أثر ثالث : روي عبدالرزاق عن معمر عن الزهري قال : إذا افتدت امرأة من زوجها ، وأخرجت البينة أن النشوز كان من قبله ، وأنه كان يضرها ، ويضارها ، رد إليها مالها ، وقد جاز بينهما الطلاق ، وهي أملك بأمرها [4] .

والمضارة بهذا يكون معناها : أذي الرجل امرأته التي يكره إمساكها حتي تفتدي منه بأن تدفع له عوضا ماليا مقابل أن يسرحها ، لا أنه يطلقها ويؤدي إليها حقها ؛ ولهذا فإنه عند ثبوت هذه المضارة علي الرجل يحكم برد مال المرأة إليها ، ونفوذ الطلاق عليه كما هو الظاهر من قول الزهري .

---

(١)- والقرن : عظم في الفرج يمنع الجماع ، وقيل لحم ينبت فيه .

(٢)- المنتقي (٤/ ٥٧ ، ٨٥) ، وأشباه القرن : العفل ، وهو لحم يحدث في الفرج يسده ، والرتق ، وهو انسداد محل الجماع باللحم ، والفتق ، وهو انخراق ما بين السبيلين ، وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني .

(٣)- وقد عد الدردير من هذه العيوب ثلاثة عشر عيبا . انظر : الشرح الصغير (٢/٤٢٤) .

والعيوب التي ذكرها الأئمة تسعة ، ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء : الجنون والجذام ، والبرص ، واثنان يختصان بالرجل : الجب، والعنة ، وأربعة تختص بالنساء القرن ، والعفل ، والرتق ، والفتق . انظر : الإفصاح لابن هبيرة الوزير (٢/٢٣٣) .

(٤)- مصنف عبدالرزاق (٦/٥٠١) كتاب الطلاق ، باب : « يضارها حتي تختلع منه » .

أثر رابع : قال أبو عبدالله – يعني البخاري – : وقال[1] لنا محمد بن يوسف حدثنا الأوزاعي حدثنا الزهري عن حميد بن عبدالرحمن عن عبيد الله بن عدي بن خيار : أنه دخل علي عثمان بن عفان – رضي الله عنه – وهو محصور ، فقال : إنك إمام عامة ، ونزل بك ما تري، ويصلي لنا إمام فتنة ونتحرج ؟ . فقال – أي عثمان رضي الله عنه – : « الصلاة أحسن ما يعمل الناس ، فإذا أحسن الناس فأحسن معهم ، وإذا أساءوا فاجتنب إساءتهم »[2] وقال الزبيدي : قال الزهري : « لا نري أن يصلي خلف المخنث إلا من ضرورة لابد منها »[3] .

ومعني قوله « إلا من ضرورة » أي : بأن يكون – المخنث – ذا شوكة، أو من جهته ، فلا تعطل الجماعة بسببه ، بل يضطر إلي الصلاة خلفه ؛ إذ إنه بتلك الشوكة يضيق علي الناس أن يصلوا بإمام غيره ، ويلجئ إلي الصلاة خلفه .

والمخنث بكسر النون وفتحها ، فالأول المراد به من فيه تكسر وتثن ، وتشبه بالنساء . والثاني : من يؤتي ، وبه جزم أبو عبدالملك فيما حكاه ابن التين محتجا بأن الأول لا مانع من الصلاة خلفه إذا كان ذلك أصل خلقته ،

---

(١)– قال ابن حجر : قوله (وقال لنا محمد بن يوسف) هو الفريابي ، قيل عبر بهذه الصيغة لأنه مما أخذه من شيخه في المذاكرة فلم يقل فيه حدثنا ، وقيل إن ذلك مما تحمله بالإجازة ، أو المناولة ، أو العرض ، وقيل هو متصل من حيث اللفظ منقطع من حيث المعني . والذي يظهر لي بالاستقراء خلاف ذلك ، وهو أنه متصل ، لكنه لا يعبر بهذه الصيغة إلا إذا كان المتن موقوفا ، أو كان فيه راو ليس علي شرطه ، والذي هنا من قبيل الأول ، وقد وصله الإسماعيلي من رواية محمد بن يحيي قال : حدثنا محمد بن يوسف الفريابي . انظر : فتح الباري (٢ / ٢٢٠ ، ٢٢١) .

(٢) البخاري مع الفتح (٢/ ٢٢٠ ، ٢٢١) كتاب الأذان ، باب : « إمامة المفتون والمبتدع » .

(٣) قال ابن حجر : وقد رواه معمر عن الزهري بغير قيد . أخرجه عبدالرزاق عنه ولفظه : « قلت : فالمخنث ؟ قال : لا ، ولا كرامة ، لا يؤتم به » ، وهو محمول علي حالة الاختيار . انظر : فتح الباري (٢/ ٢٢٠ ، ٢٢١) .

ورد بأن المراد : من يتعمد ذلك فيتشبه بالنساء ، فإن ذلك بدعة قبيحة ؛ ولهذا جوز الداودي أن يكون كل منهما مرادا [1] .

وعلي هذا فإنه تكون الضرورة مستعملة في هذا الموضع للدلالة علي الاضطرار إلي ذلك والإلجاء إليه بسبب التضييق الواقع من ذي الشوكة أو ممن من جهته .

أثر خامس : عن أحمد بن منيع عن يزيد بن هارون : أنه في الضرورة تجزئ التذكية بالطعن في الفخذ ، فعن أبي العشراء عن أبيه قال : قلت يا رسول الله أما تكون الذكاة إلا في الحلق واللَّبة ؟ قال : « **لو طعنت في فخذها لأجزأ عنك** » [2] . قال : أحمد بن منيع : قال يزيد بن هارون : « هذا في الضرورة » [3] .

قال أبو داود : وهذا – يعني الطعن في الفخذ – لا يصلح إلا في المتردية والمتوحش [4] .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) أخرجه الترمذي : السنن مع التحفة (٥/٥٦) كتاب الصيد ، باب : « في الذكاة في الحلق واللبة » . قال أبو عيسي : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث حماد بن سلمة ، ولا نعرف لأبي العشراء عن أبيه غير هذا الحديث ، واختلفوا في اسم أبي العشراء .

وقال في تحفة الأحوذي : قال الميموني : سألت أحمد عن حديث أبي العشراء في الذكاة ، قال : « هو عندي غلط ، ولا يعجبني ، ولا أذهب إليه إلا في موضع ضرورة » .

(٣) انظر السابق . وقال الخطابي : وهذا – أي : الطعن في الفخذ – في ذكاة غير المقدور عليه ، [لكن المقدور عليه] فلا يذكيه إلا قطع المذابح ، لا أعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، وضعفوا هذا الحديث لأن راويه مجهول ، وأبو العشراء الدارمي لا يدري من أبوه ؟ ولم يرو عنه غير حماد بن سلمة واختلفوا فيما توحش من الأوانس . فقال أكثر العلماء : إذا جرحته الرمية فسال الدم ، فهو ذكي ، وإن لم يصب مذابحه.

وقال مالك : لا يكون هذا ذكاة حتي تقطع المذابح ، قال : وحكم الأنعام لا يتحول بالتوحش . انظر : معالم السنن (٤/ ١١٧) .

(٤) السنن مع العون (٨/٢٣) . والمتردية : الساقطة من علو إلي سُفْلٍ .

ذلك أن الأصل في التذكية قطع المذابح ، لكن غير المقدور عليه إذا جرحته الرمية فسال الدم فهو ذكي ، وإن لم تصب مذابحه .

وعلي هذا فإنه تكون الضرورة - هنا - مستعملة للدلالة علي حال عدم القدرة علي التذكية بقطع المذابح والعجز عن ذلك : كما هو الشأن في المتوحش ، أو ما توحش من الأوانس ، فتكون الحاجة داعية إلي الطعن في أي موضع يسيل الدم ، أو بتعبير آخر فيلجئ هذا إلي تذكيته بالطعن في أي موضع ما دام يسيل الدم لأنَّ الوقت يضيق عن أن يذبح في الحلق واللبة ، وهذا هو أصل الضرورة ، فالضرورة أصلها من الضرر الذي هو الضيق والحاجة .

وهكذا فإنه تكون تلك الجملة من الآثار الموقوفة علي الصحابة والتابعين والتي استعملت فيها مادة « ضرر » ومشتقاتها - قد أفادت هذا العدد من الدلالات والذي هو في مجموعه يلتقي مع دلالات الاستعمال اللغوي والاستعمال الشرعي (قرآنا ، وسنة) التي أشير إليها فيما سبق .

وينتقل البحث بعد هذا إلي بيان ما اصطلح عليه الفقهاء من تعريف للضرر ، وذلك من خلال المبحث التالي .

المبحث الخامس

الضرر في اصطلاح علماء الفقه والأصول

١- استعمال الفقهاء الضرر في مقابل النفع

استعمل الفقهاء الضرر في مقابل النفع ، ولما كان النفع : تحصيل المنفعة ، فإن الضرر يكون بمعني إزالة المنفعة .

وفي هذا يقول ابن العربي المالكي : « الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه ، وهو نقيض النفع » (١) .

وجاء في المنتقي شرح الموطأ للباجي : قال الخشني : « الضرر هو مالك فيه منفعة ، وعلي جارك فيه مضرة ، والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلي جارك فيه مضرة» (٢) .

قال الباجي في التعليق علي هذا : ومعني ذلك - والله أعلم - أن الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر علي غيره ، وأن الضرار ما قصد به الإضرار لغيره . قال - تعالي - : ﴿ وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ (٣) .

وقال ابن عبدالبر : وهذا وجه حسن المعني (٤) .

ورجح هذا ابن الصلاح (٥) .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/٥٤ / ٥٥) .

(٢) (٦/ ٤٠) .

(٣) آية (١٠٧) سورة التوبة .

(٤) التمهيد (٢٠ / ١٥٨) .

(٥) فتح المبين لشرح الأربعين لابن حجر الهيتمي (٢٣٧) .

وفي فتح المبين لشرح الأربعين : « الضرر خلاف النفع» (١) .

وفي جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي : « .. ، وقيل الضرر أن يدخل علي غيره ضررا بما ينتفع هو به ، والضرار أن يدخل علي غيره ضررا بلا منفعة له به ، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع » (٢) .

وفي نيل الأوطار : « ... ، وقيل : الضرار أن تضره من غير أن تنتفع، والضر : أن تضره وتنتفع أنت به » (٣) .

وقال صاحب سبل السلام : « الضرر ضد النفع » (٤) .

وفي معين الحكام : « وقال بعضهم : الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك ، والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفعك ، فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة وكان فيه ضرر علي غيره ، والضرار ما قصد به الإضرار بغيره » (٥) .

وفي الفتوحات الوهبية : « الضرر ما يضر به الإنسان غيره وينتفع هو به » ، « الضرر منع ما ينفع الغير » (٦) .

وفي المبين المعين : « الضرر والضر ضد النفع» (٧) .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) (٢٩٨، ٢٩٩) .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني (٦/ ٣٥٩) .

(٤) – سبل السلام للصنعاني (٣/ ٩٢٨) .

(٥) – معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (ص٢١٢) ط : الحلبي .

(٦) – الفتوحات الوهبية بشرح الأربعين حديثا النووية . للشيخ : إبراهيم بن مرعي بن عطية الشبراخيتي المالكي . ط : المطبعة الأزهرية المصرية الطبعة الثانية سنة ١٣٢٩هـ ، ص (٢٤١) .

(٧) – المبين المعين لفهم الأربعين للعلامة المحدث الفقيه : علي بن سلطان محمد القاري الحنفي المتوفي سنة ١٠٣٠ هـ . ط : مطبعة الجمالية – مصر سنة ١٣٢٨هـ ، ١٩١٠م ، الطبعة الأولي ، (ص ١٨٣)

وفي القواعد الفقهية لليحنوردي : « ... أما كلمة الضرر فقال بعض : إنه أمر وجودي ضد النفع .. ، والظاهر أن التقابل بينهما تقابل التضاد » (١) .

ويؤكد ما ذكر في معني الضرر هذا نصوص مسائل فقهية عرض لها فقهاء المذاهب في كتبهم، أشير إلي بعض منها فيما يلي :

أولاً : الفقه الحنفى :

جاء في كتاب « تبيين الحقائق » تحت باب ما يحدثه الرجل في الطريق أنه : « قال شمس الأئمة – رحمه الله – : إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق فليس له أن يحدث ذلك ، فإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه ما لم يمنع منه ؛ لأن الانتفاع في الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز ، فكذا ما هو مثله فيلحق به إذا احتاج إليه ... » (٢) .

ووجه الدلالة في ذلك : أنه جعل ضرر الإحداث – في الطريق – في مقابل الانتفاع في الطريق بالمرور فيه .

وحينئذ – يعني في حالة كون الإحداث يضر بالمارة – فإنه لا يحل له القول النبي – عليه الصلاة والسلام – : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (٣) .

---

(١) – القواعد الفقهية (١/ ١٧٨) . تأليف سماحة آية الله العظمي السيد ميرزا حسن الموسوي اليحنوردي ، مطبعة الآداب في النجف الأشرف ١٣٨٩هـ – ١٩٦٩م .

(٢) – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٦/ ١٤٢) .

(٣) – المصدر السابق ، والحديث سبق تخريجه .

ثانيًا : الفقه المالكى :

قال ابن عبدالبر : « ... من أحدث بناء في رحا ماء أو غير رحا ، فيبطل ما أحدثه علي غيره منفعة قد استحقت ، وثبت ملكها لصاحبها – منع من ذلك ؛ لأن إدخاله المضرة علي جاره بما له فيه منفعة كإدخاله عليه المضرة بما لا منفعة فيه .. » (١) .

والنص ظاهر في أن الضرر إبطال منفعة مستحقة .

ثالثًا : الفقه الشافعى :

جاء في نهاية المحتاج : « منفعة الشارع الأصلية المرور فيه ؛ لأنه وضع لذلك ... ، ويجوز الجلوس به ولو بوسطه لاستراحة ومعاملة ونحوهما ...؛ إذا لم يضيق علي المارة فيه ؛ لخبر « لا ضرر ولا ضرار » (٢) .

وعلي هذا فإن مذهب الشافعية : أن الطريق النافذ (٣) لا يتصرف فيه بما يضر المارة (٤) .

ووجه الدلالة فيه : أنه جعل كل تصرف – من شأنه أن يخل بمنفعة الطريق – ضررا يمنع منه بمقتضي الحديث .

رابعًا : الفقه الحنبلى :

قال ابن قدامة في « مغنيه » : « ولا يجوز أن يشرع إلي طريق نافذ جناحا ، وهو الروشن يكون علي أطراف خشبة مدفونة في الحائط ،

---

(١) – التمهيد لابن عبدالبر (٢٠ / ١٦١) .

(٢) – نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج للرملي (٥/ ٣٥٢ ، ٣٤٣) .

(٣) – الطريق النافذ الشارع غير الطريق ، وبينهما عموم مطلق ؛ لأن الطريق عام في الصحاري والبنيان ، والنافذ وغيره ، والشارع خاص بالبنيان والنافذ . نهاية المحتاج (٤ / ٣٩٢) .

(٤) – المصدر السابق .

وأطرافها خارجة في الطريق ، سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الأولي ، وهو المستوفي لهواء الطريق كله علي حائطين ، سواء كان الحائطان ملكه ، أو لم يكونا ، وسواء إذن الإمام في ذلك ، أو لم يأذن . . . ؛ فإنه يظلم الطريق ، ويسد الضوء ، وربما سقط علي المارة ، أو سقط منه شيء ، وقد تعلو الأرض بمرور الزمن فيصدم رؤوس الناس ، ويمنع مرور الدواب بالأحمال ، ويقطع الطريق إلا علي الماشي . . ، وما يفضي إلي الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه . . » (١) .

والنص ظاهر الدلالة علي أن إحداث ما يضر بالطريق مقصود به ما يخل بوجوه الانتفاع المشروعة بها .

وهذا الذي ذكر من كون الضرر إزالة المنفعة يعارضه ما جاء في محصول الرازي من أن ماهية الضرر هي ألم القلب (٢) .

---

(١) – المغني لابن قدامة (٥/ ٣٣ ، ٣٤) .

(٢) – المحصول في علم الأصول لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي . دراسة وتحقيق : طه جابر فياض العلواني – ط: جامعة الإمام محمد بن سعود . (جـ٢ / ق ٣ / ص ١٤٣) .
وفي الإبهاج في شرح المنهاج : « الضرر ألم القلب ، كذا قال الأصوليون .. » جـ٣/١٦٦ ، ط: دار الكتب العلمية – بيروت.

وفي نهاية السول شرح المنهاج للأسنوي : « ... الأشياء الضارة ، أي : مؤلمات القلوب » ، ط : دار الكتب العلمية – بيروت ، بهامش التقرير والتحبير لامير حاج علي تحرير الكمال بن الهمام (٣ / ١١٩) .

وقال الحرالي: «الضر بالفتح والضم ما يؤلم الظاهر من الجسم، وما يتصل بمحسوسه في مقابلة الأذي، وهو إيلام النفس وما يتصل بأحوالها، وتشعر الضمة في الضر بانه عن قهر وعلو ، والفتحة بانه ما كان من مماثل أو نحوه » . فيض القدير للمناوي (٦/ ٤٣١) .

وقال الطاهر بن عاشور : « الضر إلحاق ألم بالمضرور ، وأما تعطيل المنفعة فهو حرمان من وصول ملائم ، فقطع المنفعة ضر ، وتعطيل المنفعة ليس بضر » . كشف المغطي في المعاني والألفاظ الواقعة في الموطأ (ص ٣٩) . ط : تونس .

جاء في المحصول : قالوا : « الضرر » ألم في القلب ؛ لأن الضرب يسمي ضررا ، وتفويت منفعة الإنسان يسمي إضرارا ، والشتم والاستخفاف يسمي ضررا ولابد من جعل اللفظ اسما لمعني مشترك بين هذه الصور دفعا للاشتراك ، والم القلب معني مشترك، فوجب جعل اللفظ حقيقة فيه.

وقد أطال صاحب المحصول في إثبات ذلك ، والرد علي المخالف إلي ان قال : قوله : « الضرر في مقابلة النفع » ، قلنا : هب أنه كذلك ، لكن « النفع » عبارة عن تحصيل اللذة ، أو ما يكون وسيلة إليها ، و« الضرر » عبارة عن تحصيل الألم ، أو ما يكون وسيلة إليه [1] .

علي أنه يلاحظ : أن وجهة صاحب المحصول هذه انتهت به إلي أن الضرر عبارة عن :« تحصيل الألم ، أو ما يكون وسيلة إليه » .

وهذه العبارة : « أو ما يكون وسيلة إليه » - تفيد دخول كل ماهو قطع للمنفعة ، أو تعطيل لها... الخ - مما يكون وسيلة لتحصيل الألم .

ومن ثم فإن ما تقدم من استعمال الفقهاء للضرر بمعني قطع المنفعة لا يكون محل اعتراض ، بل إن ذلك يكون من قبيل إطلاق المسبب - وهو الضرر - علي السبب - الذي هو إزالة المنفعة - مجازا .

٢- استعمال الفقهاء الضرر بمعنى إلحاق المفسدة بالغير

كذلك فإن الفقهاء استعملوا الضرر بمعني إلحاق المفسده بالغير .

قال نجم الدين الطوفي : « الضرر إلحاق مفسدة بالغير» [2] .

---

(١) المحصول (جـ٢ / ق٣/ ص ١٤٥ ، ١٤٦) .

(٢) جزء شرح الطوفي لحديث : « لا ضرر ولا ضرار » ص ١٥ . ملحق بكتاب المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفي زيد - رحمه الله - ، وبتحقيقه .

وجاء في فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي : « الضرر : إلحاق مفسده بالغير »[1] .

وبمثل ذلك قال بعض شراح حديث « **لا ضرر ولا ضرار** » .

جاء في « المبين المعين لفهم الأربعين » : « ... ، وقيل : الضرر إلحاق مفسدة بالغير »[2] .

وقال ابن حجر في فتح المبين : « .. الضرر هو المفسدة »[3] .

وقال صاحب « المجالس السنية في الكلام علي الأربعين النووية » : « الضرر إلحاق مفسدة بالغير من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق»[4] .

وفي « حاشية النبراوي علي الأربعين النووية » : « الضرر إلحاق مفسدة بالغير »[5] .

وأعرض – هنا – نصوصا لمسائل فقهية – ضمنها فقهاء المذاهب كتبهم – تشير إلي هذا المعني ، فمن ذلك :

أولا : الفقه الحنفي :

جاء في « المبسوط » : « ... ، فأما إذا أوقد النار في يوم ريح علي وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلي ملك غيره – فإنه يكون ضامنا بمنزلة ما لو أوقد النار في ملك غيره ، ألا تري أن من صب في ميزاب مائعا وهو

---

(١) فيض القدير (٦ / ٤٣١) .

(٢ . ٣) ص (١٨٣) ، وفتح المبين لابن حجر الهيتمي (٢٣٧) .

(٤) ص (١٩٩) . للشيخ أحمد بن الشيخ حجازي الفشني . المطبعة الأزهرية المصرية ، الطبعة الثانية سنة ١٣٢٩هـ .

(٥) حاشية الشيخ عبدالله بن الشيخ محمد النبراوي علي الأربعين النووية – المطبعة المصرية ببولاق سنة ١٣٩١هـ ، ص (١٤١) .

يعلم أن ما تحت الميزاب إنسان جالس فأفسد ذلك المائع ثيابه كان الذي صبه ضامنا (يعني لما تسبب فيه من الضرر - الذي هو إفساد ملك الغير - بالتعدي)» [1] .

وقال في « معين الحكام » : « رجل أراد أن يهدم داره ، ولأهل السكة ضرر ؛ لأنه يخرب السكة ، المختار أنه يمنع ، فلو هدم مع هذا ، وأنه يضر بالجيران ، إن كان قادرا علي البناء يجبر علي البناء ، والأصح : أنه لا يجبر » [2] .

والنصان ظاهران في الدلالة علي أن الضرر تخريب وإفساد .

ثانيا : المذهب المالكى :

جاء في كتاب « العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام » : قال ابن حبيب : سألت مطرفا عن النحل يتخذها الرجل بالقرية ، وهي تضر شجر القوم إذا نورت ، هل يمنع من اتخاذها ، ويؤمر بإخراجها ؟ والبرج يتخذ فيه الرجل الحمام ، والكري للعصافير تأوي إليها، ويأخذ فراخها ، وهي كالحمام في إيذائها ، وإفسادها الزرع . هل يمنع من ذلك ؟ فقال لي : نعم ، أري ذلك كله من الضرر ، وأري أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زرعهم ، وشجرهم [3] .

والنص ظاهر الدلالة علي أن الضرر إلحاق المفسدة بملك الغير .

---

(١)- المبسوط للسرخسي (جـ٢٣ /١٨٨) .

(٢)- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - للطرابلسي . ص (٢١٣) .

(٣)- العقد المنظم للحكام بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٨٤) . ط : دار الكتب العلمية - بيروت .

ثالثًا : المذهب الشافعى :

قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري : « ... لو اتخذ داره المتلاصقة بالمساكن حماما ، أو طاحونة ، أو حانوت حداد ، وأحكم جدرانه بحيث تليق بما يقصده ، أو اتخذها مدبغة - جاز وإن تضرر جاره بالرائحة ، وانزعاج السمع ، وأفضي ذلك إلي تلف ؛ لأنه متصرف في خالص ملكه، وفي منعه إضرار به ؛ فلو خالف العادة بأن أضرت النداوة والدق - الحاصلان بمخالفته - بجدار الجار- منع ، وضمن ما تلف به لتعديه »(١) .

وموضع الاستدلال قوله : « فلو خالف العادة بأن أضرت ... - منع ، وضمن ما تلف به لتعديه » .

فالنص دال علي أن الضرر إتلاف ملك الغير تعديا ، وإلحاق المفسدة به - كما هو الظاهر - نتيجة تصرف الشخص في ملكه علي خلاف ما تقتضيه العادة .

وحينئذ فإنه يضمن ما أتلف لتعديه .

رابعا : المذهب الحنبلي :

قال في « المغني » : « وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو أن يبني فيه حماما بين الدور ، أو يفتح خبازا بين العطارين ، أو يجعل دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها.... »(٢).

فتخريب ملك الغير وإفساده ضرر يمنع منه كما هو واضح من النص.

---

(١)- أسني المطالب شرح روض الطالب (٢/ ٤٤٦) .
(٢)- المغني لابن قدامة الحنبلي (٥/ ٥١) ، والشرح الكبير علي متن المقنع بهامش المغني (٥/٥٠ ، ٥١) .

٣- استعمال الفقهاء للضرر بمعنى أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقوقه

وللفقهاء استعمال ثالث للضرر بمعني أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقوقه .

قال الحافظ المناوي في « فيض القدير » : « **لا ضرر** » . أي : لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه[١] .

وفي « القواعد الفقهية لليحنوردي » : « ... الظاهر من لفظ الضرر عرفا هو النقص في ماله ، أو عرضه ،أو نفسه، أو في شيء من شئونه بعد وجوده، أو بعد وجود المقتضي القريب له بحيث يراه العرف موجودا »[٢] .

وبمثل ذلك قال بعض شراح حديث « **لا ضرر ولا ضرار** » .

ففي شرح التفتازاني : « الضرر أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقه » [٣] .

وفي « الفتوحات الوهبية » : «لا يضر الرجل أخاه فينقص شيئا من حقه» [٤] .

ويؤكد من هذا المعني نصوص مسائل فقهية وردت في كتب الفقه نشير إلي بعضها فيما يلي :

---

(١)- فيض القدير شرح الجامع الصغير (٦ / ٤٣١) .

(٢)- القواعد الفقهية لليحنوردي (١/ ١٧٨) .

(٣)- شرح الأحاديث الأربعين للنووي ، للعلامة التفتازاني : سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني . ط : سراويلي حافظ محمد. سنة ١٣٢٣هـ . ص (٢٥٤) . وانظر في مثل ذلك : المنتقي للباجي (٦ / ٤٠) .

(٤)- (ص ٢٤٢) .

أولاً : الفقه الحنفي

جاء بشأن التصرف في الملك المشترك - في المذهب - ما نصه : « . . . وكذلك إن أراد أن ينصب عليه رحا (يعني النهر المشترك) لم يكن له ذلك إلا برضا من أصحابه ؛ لأن ما ينصب من الرحا إنما يضعه في ملك مشترك إلا أن تكون رحا لا تضر بالنهر ، ولا بالماء ، ويكون موضعها في أرض خاص له ، فإن كان هكذا فهو جائز - يعني إذا لم يكن يغير الماء علي سنته ، ولا يمنع جريان الماء بسبب الرحا ، بل يجري كما كان يجري قبل ذلك . . . ، فله أن يفعل ذلك بغير رضا الشركاء؛ لأنه إنما يحدث ما يحدثه من الأبنية في خالص ملكه، وبسبب الرحا لا ينتقص الماء بل ينتفع صاحب الماء مع بقاء الماء علي حاله ، فمن يمنعه عن ذلك يكون متعنتا قاصدا إلي الإضرار به لا دافعا الضرر عن نفسه فلا يلتفت إلي تعنته »[1] .

وموضع الاستدلال في النص قوله : « وبسبب الرحا لا ينتقص الماء . . . » إذ إن انتقاص الماء بإحداث الرحا علي النهر - وإن كانت علي نحو ما ذكر - يضر ببقية الشركاء ، فيمنع منه .

ومفهوم هذا أن انتقاص حقوق الغير ضرر يمنع منه .

ثانيًا : الفقه المالكي

قال في « تبصرة الحكام » : « وأما إحداث رحا فوق رحا قديمة تضرها - في نقصان طحن ، أو كثرة مؤونة ، أو في غير ذلك - ضررا بينا ، فذلك ممنوع منه . قاله ابن القاسم ، ولو لم يتبين لأهل المعرفة في ذلك ضرر قيل له : عمر فإنك إن أضررت بجارك منعناك »[2] .

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٣/ ١٧٣).

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٥٧) .

ووجه الدلالة فيه : أنه جعل نقصان طحن الرحا القديمة بإحداث رحا جديدة - ضررا يمنع منه ، وهو ظاهر .

ثالثًا : الفقه الشافعي

قال في « الحلية » : « إذا كان الماء يجري في ساقية مملوكة لجماعة ، فقسموه بينهم ؛ ليسقي كل واحد منهم ضيعته بمائه ، وأراد أحدهم أن يسقي ضيعة له أخري ولا شرب لها في هذا النهر ، فقد ذكر الشيخ أبو حامد - رحمه الله - أنه ليس له ذلك . . . ، هذا إذا كان النهر مملوكا ، فأما إذا كان الشرب من نهر غير مملوك ، وكان يأخذ الماء بالدولاب ، فأراد أن يسقي من نصيبه من ماء الدولاب أرضا أخري . قال الشيخ أبو نصر - رحمه الله - : ينبغي أن يجوز إذا لم يضق الماء ، وكان نهرا عظيما ، فأما إذا ضاق فإنه يقدم الأسبق ، قال الشيخ الإمام : هذا فيه نظر ؛ لأنه إنما يسقي نصيبه من الماء ، وليس في ذلك إضرار بغيره ، بخلاف النهر المملوك . . » [١] .

فالذي في النص : أن مَنْ حالُه تلك يجوز له السقي إذا لم يضق الماء . أي : ينَقْصُ نقصا يعجز معه عن الوفاء بحقوق الآخرين من السقي .

كذلك فإن فيه : أن سقي من حاله تلك جائز - ضاق الماء أو لم يضق - ما دام لم يتعد نصيبه في الماء ؛ إذ ليس في ذلك إضرار بالغير .

وجملة هذا : أن تعديه حقه في الماء بالانتقاص من حقوق الآخرين - ضرر يمنع منه .

---

(١)- حلية العلماء لأبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال (٥ / ٥١٧ ، ٥١٨) .

رابعا : الفقه الحنبلي

جـاء في « الفـروع » : « وفي الفنون : من أحـدث في داره دباغ الجلود، أو عمل الصحناة [1]، هل يمنع ؟ .. يحتمل المنع علي ما ذكره بعض أئمة الشافعية ، وهو أنه لا يختص ضرر البدن ، بل يتعدي إلي الإضرار بالعقار ، بنقصان أجرة الدور» [2] .

والنص ظاهر الدلالة علي أن إحداث الدباغ ... إلخ – ينقص أجرة الدور المجاورة ؛ لنفور الناس من سكناها بسبب الروائح الكريهة المتصلة بها ، وذلك مما يضر بالعقار ، فيمنع من إحداثه .

تمحيص ومناقشة

هذه الاستعمالات الثلاثة للضرر التي أشار إليها الفقهاء في كتبهم ، وأفادتها تعبيراتهم – نجد بينها قدرا كبيرا من التداخل ، فاستعمالهم للضرر بمعني قطع المنفعة قريب منه – بل يمكن القول : إنه يساويه في بعض ما يدل عليه – استعمالهم للضرر بمعني إلحاق مفسدة بالغير ، وذلك أن قطع منفعة ملك إنسان إفساد لهذا الملك عليه ، فالملك اختصاص حاجز لتحقيق مصلحة معينة ، فإذا فوت إنسان علي المالك تحقيق مصلحة ملكه، فقد أفسد عليه هذا الملك ، وإن أبقاه في يده .

---

(١)– الصحناة ، والصحناءة ، والصحني : طعام يتخذ من صغار السمك ، وهو الصير . انظر هامش (٢) من كتاب الفروع ص (٤/ ٢٨٦) . ولعل المقصود به تخليل صغار السمك ، وما ينتج عنه من رائحة لا تروق الكثيرين ، ويرشح هذا السياقُ ، فهي قد وردت معطوفة علي الدباغ ، ورائحته معروفة .

(٢)– « الفروع » في الفقه الحنبلي ، لأبي عبدالله محمد بن مفلح . (٤/ ٢٨٥ ، ٢٨٦) .

علي أن الفقهاء يجعلون المنفعة عرضا وليست عينا ، ومن ثم فإنه يمكن تصور أن عين الملك باقية - في حالة قطع المنفعة - وإن كانت منفعتها قد أزيلت ، أو تعطلت ، وهذا بخلاف الإفساد ، فإنه يتصور معه أحد أمرين :

الأول : أنه إتلاف لعين الملك ذاتها ، وما يترتب عليه من قطع منفعتها .

الثاني : أنه إتلاف لمنفعة الملك مع بقاء عينه ، سواء كان هذا الإتلاف لكل المنفعة ، أو لبعضها .

وعلي هذا فإنه يدخل قطع المنفعة - إزالتها : بعضها أو كلها - تحت إلحاق المفسدة كما هو مبين في الأمر الثاني .

كذلك فإن انتقاص الغير حقا من حقوقه - وهو المعني الثالث للضرر في استعمال الفقهاء - قد يكون معناه : قطع بعض منفعته المتصلة بحقه هذا .

فيدخل انتقاص الحق من هذه الجهة تحت قطع المنفعة ، وإلحاق المفسدة (في صورتها الثانية) .

ومن الجهة الأخري فإنه يتصور كون انتقاص الحق إتلافا لعين هذا الجزء المنقوص ، وما يترتب عليه من قطع منفعته ، وحينئذ فإنه يدخل تحت إلحاق المفسدة (في صورتها الأولي) .

والحاصل : أنه يمكن إرجاع هذين الاستعمالين : استعمال الضرر بمعني قطع المنفعة ، وبمعني انتقاص الغير حقه - إلي الاستعمال الثالث : إلحاق مفسدة بالغير ؛ إذ إنهما مندرجان تحته ، وبعض أجزائه .

علي أن استعمال الضرر بمعني « إلحاق مفسدة بالغير » ، هكذا بقيد « الغير » ، يرد عليه هذا الاعتراض : ماذا لو كان إلحاقه المفسدة بنفسه ؟ هل يعد ذلك ضررا ؟ أو لا ؟ والجواب : أنه مع وجود قيد « الغير » لا يعد إلحاقه مفسدة بنفسه ضررا .

وعليه فإن إلحاق المفسدة بالنفس – وهو إضرار بها – يكون قد خرج من تعريف الضرر : بأنه « إلحاق مفسدة بالغير » .

ومن ثم فإن التعريف لا يكون جامعا بحيث تدخل تحته كل صور المعرف .

فصورة كهذه : أن يتعاطي الإنسان ما يفسد بدنه وعقله كتناوله المخدر ، وشربه المسكر – ليست ضررا بناء علي استعمال الضرر بالمعني السابق ؛ إذ إن إلحاق المفسدة – هنا – بنفسه ، لا بغيره .

ومثل هذا عيب بالتعريف يجعله غير مسلَّم به .

وقد يقال في الرد علي ذلك : إن الفقهاء ذهبوا – باستعمالهم هذا – إلي أن الضرر مصدر من مصادر الالتزام ، يلتزم به فاعله بمسئولية تجاه المفعول به ، هي : الضمان ، من غير أن يشغلهم إضرار الإنسان بنفسه لعدم ترتب الضمان عليه(١) .

لكن مذهب الفقهاء هذا لا يؤثر في أن نصوص الشريعة قد اعتبرت ضرر الإنسان نفسه فمنعت منه ، ولم يجد الفقهاء أنفسهم مندوحة عن التكلم عن ذلك في كتبهم .

---

(١)– كذلك فإنه يمكن القول : إن إضرار الإنسان بنفسه – من وجهة الفقه الإسلامي – إضرار بغيره ؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية تنظر إلي المجتمع باعتباره بناء متكاملا ، وأن كل فرد منه لبنة في هذا البناء ، فإلحاق الفرد المفسدة بنفسه يفوت علي المجتمع الانتفاع بهذه اللبنة ، ويبقي موضعها موضع ضعف ينال من قوة البناء ، وتكامله ، ومن ثم جاءت الشريعة بالحجر علي السفيه وهو منع الإنسان عن التصرف في ماله ، لما فيه من مصلحة للفرد ، والمجتمع ، ودفع للضرر عنهما .

جاء في كتاب : « أحكام القرآن » للجصاص : « ... ، واما قوله – تعالي – : ﴿ وأن تصوموا خير لكم ﴾ فإنه يدل علي ان أول الآية فيمن يطيق الصيام من الأصحاء غير المرضي ، ولا المسافرين ،ولا الحامل والمرضع؛ وذلك لأن المريض الذي يباح له الإفطار هو الذي يخاف ضرر الصوم ، وليس الصوم بخير لمن كان هذا حاله ؛ لأنه منهي عن تعريض نفسه للتلف بالصوم ، والحامل والمرضع لا تخلوان من أن يضر بهما الصوم، أو بولديهما وأيهما كان ، فالإفطار خير لهما ، والصوم محظور عليهما ... »[1] .

وذلك أن الله – تعالي – قال : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾[2].

فالمريض الذي يضر بنفسه بسبب الصوم قد جاء الشرع له برخصة الفطر اعتبارا لهذا الضرر .

وفي « الاشباه والنظائر» لابن نجيم : « الخباز في نهار رمضان لا يجوز أن يعمل عملا يصل به إلي الضعف (يضر به) ، فيخبز نصف النهار ، ويستريح الباقي ، وقوله : لا يكفيني كذب ، وهو باطل باقصر يوم من أيام الشتاء »[3] .

والنص يدل علي أن الفقه الحنفي يعتبر إضرار الإنسان بنفسه فيمنع منه ؛ وذلك أن اجتماع مشقتين علي الخباز : مشقة العمل الذي فيه يتعرض للنار ، ومشقة الصيام – يضر به ، ويتحول به من القوة إلي الضعف، وحينئذ فإنه لا يجوز له إلا عمل نصف النهار ، ويمنع من عمل

---

(١) – أحكام القرآن للجصاص (١/٢٢٣) .

(٢) – آية (١٨٤) من سورة البقرة .

(٣) – الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٧٤) .

النصف الآخر ، حتي وإن ادعي أن ذلك لا يكفيه .

وفي شرح « الحطاب » علي مختصر خليل : « ... إذا كان الصوم يضر به ، ويزيده ضعفا أفطر، ويقبل قول الطبيب المأمون أنه يضر به .. ، وكذا كل صوم مضر يبيح الفطر » [١] .

وفي الشرح الكبير « ووجب الفطر لمريض وصحيح إن خاف علي نفسه بصومه هلاكا ، أو شديد أذي : كتعطيل منفعة من سمع ، أو بصر، أو غيرهما لوجوب حفظ النفس ، وأما الجهد الشديد فيبيح الفطر للمريض، قيل : والصحيح أيضا ، وشبه في الحكمين معا ، وهما : الجواز ، والوجوب للمريض » [٢] .

إذا فالفقه المالكي يذهب إلي أنه ليس للإنسان أن يضر نفسه بالصوم ، مريضا كان أو صحيحا ، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر هلاكا ، أو شديد أذي : كتعطيل منفعة من سمع ، وبصر ، أو غيرهما ، أو جهدا شديدا ؛ لوجوب حفظ النفس ، بل يجب أن يفطر .

ودلالة هذا : أن الفقه المالكي يعتبر إضرار الإنسان بنفسه ، فيمنع منه .

وفي « نهاية المحتاج » للرملي : « ويباح تركه (يعني الصوم) إذا وجد به ضررا شديدا .. ، وإن تعدي بسببه بأن تعاطي ليلا ما يمرضه قصدا .. ، وشمل الضرر ما لو زاد مرضه ، أو خشي منه طول البرء ؛ لقوله – تعالي – : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[٣] » [٤] .

---

(١)- مواهب الجليل (٢/ ٤٤٧ ، ٤٤٨) . وهذا قول البرزالي .

(٢)- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١/ ٥٣٥) .

(٣)- آية (٧٨) سورة الحج .

(٤)- نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج (٣/ ١٨٥) .

ثم شرط كون المرض مبيحا : أن يجهده الصوم معه ، فيلحقه ضرر يشق احتماله [1] .

إذا فالفقه الشافعي يبيح الفطر للمريض حتي و إن كان هو المتسبب في مرض نفسه بأن تعاطي ليلا ما يمرضه ، وذلك حتي لا تجتمع علي الإنسان مشقتان : مشقة الصيام ، ومشقة المرض ، إذ لا يخفي ما في ذلك من الضرر عليه .

والحاصل : أن الفقه الشافعي يعتبر إضرار الإنسان بنفسه ، فيمنع منه .

أما الفقه الحنبلي ففيه : أن المريض إذا خاف الضرر استحب له الفطر ؛ ويشترط لذلك : أن يخاف زيادة المرض ، أو بطء برئه ... ، فلو خاف تلفا بصومه كره ، وجزم جماعة بانه يحرم . وقال أحمد فيمن به شهوة غالبة للجماع يخاف أن تنشق أنثياه : « فله الفطر » [2] .

وفي المبدع : « إذا خاف من به شبق تشقق أنثييه ، أو به مرض ينتفع فيه بوطء : ساغ له الوطء ، وقضي بلا كفارة .. ، إن لم تندفع شهوته بغيره ، وإلا لم يجز .. ، وإن تعذر قضاؤه لدوام شبقه ، فككبير عجز عنه » [3] .

وظاهر هذا أن الفقه الحنبلي يعتبر ضرر الإنسان بنفسه ، فيمنع منه ، فالمريض إذا خاف من الصيام أن يضر به استحب له الفطر ، والضرر في هذه الحال تعطيل منفعة ، أما إذا كان الضرر المخوف منه إتلافا للنفس ، أو بعض أعضائها فإنه يكره الصيام كراهة تحريمية ، أو أنه يحرم ، حتي إنه ليسوغ

---

(١)- الروضة (٢/ ٣٦٩).
(٢)- المبدع شرح المقنع (٣/ ١٤ ، ١٥) .
(٣)- المغني لابن قدامة (٣/ ٨٦) .

الوطء لمن حاله كالصورة المشار إليها : أنه يخاف أن تنشق أنثياه ، أو به مرض ينتفع فيه بوطء ، مع كون الوطء مفطرا ؛ لأن مضرة إنشقاق الأنثيين التي ربما تلفت معها النفس لم تندفع إلا بهذا ؛ وذلك حتي تنكشف عنه هذه الحال فيقضي ، ولا يكفر ، فإن لزمته لدوام شبقه لم يكن عليه صيام، وإنما يكون ككبير عجز عن الصيام ، وتجب عليه الفدية .

وهذا الذي قدمت يؤكد أن إلحاق الإنسان المفسدة بنفسه ضرر معتبر وهو ما ينبني عليه اعتبار « أن الضرر إلحاق مفسدة بالغير » تعريفا غير جامع .

وحينئذ يكون الصواب الذي يتدارك به هذا القصور أن يصير تعريف الضرر : « إلحاق مفسدة بالنفس ، أو الغير » .

وإلحاق المفسدة – هنا – تتسع دائرة وقوعه ، فهو يقع علي الإنسان في : دينه، وجسمه، وعقله ، وماله علي نحو ما تقدم بعضه، وما سيأتي .

كذلك فإن هذه المفسدة : إما أن تكون متعلقة بظاهر الجسم ، والمال .... الخ ، وإما أن تكون متعلقة بعواطف الإنسان ومشاعره ، وهذا ما يعرف بالضرر المادي ، والضرر المعنوي .

وحقيقة هذه المفسدة الإخلال بما ترجع إليه تكاليف الشريعة من حفظ مقاصدها : الضرورية، والحاجية ، والتحسينية [1] – في الخلق . أي : الإخلال بالمصلحة المشروعة ، وذلك عن طريق أحد هذه الأسباب الثلاثة :

---

(١)- المقاصد الضرورية هي ما لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا علي استقامة ، بل علي فساد وتهارج وفوت حياة ، وفي الأخري فوت النجاة ، والنعيم ، والرجوع بالخسران المبين .

ومجموعها خمسة ، وهي حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والمال ، والعقل .

والحفظ لها يكون بأمرين : (أحدهما) ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة =

الأول : مجاوزة الإنسان في أمره حدود الله التي بينها ، وحقيقة هذه المجاوزة الاعتداء علي ما للآخرين من حقوق أو رخص ، (ويعرف ذلك بالتعدي) .

الثاني : استعمال الإنسان ما له من حق أو رخصة علي وجه الإخلال بمقصود الشرع ، وما للآخرين من حقوق أو رخص ، (وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق) .

الثالث : إهمال الإنسان بذل العناية الواجبة عليه للآخرين بالتفريط فيما ينبغي لهم ، (ويدخل تحت هذا ما يعرف بمسئولية الإنسان عن الغير ، وعن الحيوان ، والأشياء) .

وعليه فإنه يمكن الانتهاء إلي هذا التعريف المختار للضرر ، وهو :

« الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديا ، أو تعسفا ، أو إهمالا » .

وهنا يظهر أن البحث آثر التعبير عن الضرر بأنه إخلال بمصلحة مشروعة ، مع أن ذلك الإخلال وسيلة إليه ؛ إذ الضرر ألم يصيب القلب ، وأذي للنفس ، فيكون هذا من قبيل إطلاق اسم المسبب علي السبب مجازا .

ويسوغ من ذلك : أن الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية في المقام الأول علي أنه لا يهمل النزعة الذاتية – فيكون المناسب التعبير عن الضرر بأنه إخلال بمصلحة مشروعة ، وهذا بخلاف ألم القلب فإنه أمر ذاتي .

=عن مراعاتها من جانب الوجود ، (والثاني) ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم .

فإحداث ما يخل بها (بالقول ، أو الفعل) يؤدي إلي الفساد والتهارج ، وفوت الحياة ، وفي الأخري فوت النجاة ، وهذا هو الضرر .

وأما الحاجية فهي ما يفتقر إليها من حيث التوسعة ، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلي=

ولكل هذا الذي تقدم فإن البحث يعتمد هذا التعريف ، ويري أنه الأكثر دقة [1] والله أعلم .

****

=الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب . فإذا لم تراع (يعني : لو حدث ما يخل بها) دخل علي المكلفين – علي الجملة – الحرج والمشقة ، ولكنه لم يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة . ومثل هذا ضرر ، وهي جارية في العبادات ، والعادات ، والمعاملات ، والجنايات .

ففي العبادات كالرخص المخففة بالنسبة إلي لحوق المشقة بالمرض والسفر ، وفي العادات : كإباحة الصيد والتمتع بماهو حلال مأكلا ومشربا ، وملبسا ، ومسكنا ، ومركبا ، وما أشبه ذلك ، وفي المعاملات : كالسلم ، والقرض ... ، وفي الجنايات كالحكم باللوث .. ، وضرب الدية علي العاقلة ، وتضمين الصناع ، وما أشبه ذلك .

وحينئذ فإنه يقال إن إحداث ما يخل بمثل هذا (بالقول ، أو الفعل) يؤدي إلي الحرج والمشقة ، وهذا ضرر .

وأما التحسينية فهي الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات ، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق .

وهي جارية في العبادات ، والعادات ، والمعاملات ، والجنايات .

ففي العبادات : كإزالة النجاسات – وبالجملة الطهارات كلها – وستر العورة ، وأخذ الزينة ، وفي العادات : كآداب الأكل والشرب ، ومجانبة المآكل النجسات ، والمشارب المستخبثات ... ، وفي المعاملات كالمنع من بيع النجاسات ، وفضل الماء والكلأ ، وسلب المرأة منصب الإمامة ، وإنكاح نفسها ، وفي الجنايات كمنع قتل الحر بالعبد ، أو قتل النساء والصبيان والرهبان في الجهاد .

والإخلال بهذا يوقع في الأحوال المدنسات ، ومثله يكون ضررا .

وجملة القول في هذا : أن كل ما يتضمن حفظ هذه المقاصد فهو مصلحة ، وأن كل ما كان عائدا عليها بالإبطال والانتقاص فهو مفسدة (مضرة) . انظر الموافقات للشاطبي (٢/ ٨ ، ١٠ ، ١١) ط : دار المعرفة بيروت .

(١) وقد انتهي اليحنوردي في كتابه : « القواعد الفقهية » – بعد أن قدم للضرر تعريفات أشرنا إليها – إلي هذه المقولة :

« ... والحاصل أن لفظ الضرر له مفهوم واضح عند العرف ، بحيث كل تفسير وشرح له ليس أوضح من نفسه ، ومثل هذه المفاهيم ليست قابلة للتعريف الحقيقي ، فكل ما يذكر في شرحه يكون تعريفا لفظيا هو أخفي منه » (جـ١ / ص ١٧٩).

ولعل هذا يغفر لي إن كنت قد أخطأت فيما ذهبت إليه من محاولة تعريف الضرر تعريفا جامعا مانعا .

الفصل الثاني

أنواع الضرر فى العلاقات المختلفة ومدى اعتبار الشريعة لذلك

ويتضمن خمسة مباحث :

المبحث الأول : الضرر في العلاقات الأسْرية .

المبحث الثانى : الضرر في العلاقات المالية .

المبحث الثالث : الضرر فيما يتصل بالحقوق العقارية وحقوق الارتفاق .

المبحث الرابع : أنواع الضرر في باب الجنايات .

المبحث الخامس : الضرر في العلاقات الدولية .

مقدمة

إذا استقرينا موارد الشريعة الإسلامية الدالة علي مقاصدها من التشريع استبان لنا – من كليات دلائلها ومن جزئياتها – أنَّ المقصد العام من التشريع فيها : هو حفظ نظام الأمة، واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه ، وهو نوع الإنسان (١) .

وصلاحُ الإنسان يَشْمَلُ : صلاح دينه، وصلاح جسمه ، وصلاح نسله ، وصلاح عقله ، وصلاح ماله ، وإنْ شئنا قلنا : بل صلاح ما بين يديه من موجودات العالم .

ذلك أنَّ وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا (٢) .

ومثل هذا المعني يؤكد عليه صاحب «الموافقات » ، حيث يقول – رحمه الله – : «والمعتمد أنما هو أنا استقرينا من الشريعة : أنها وضعت لمصالح العباد – استقراء لا ينازع فيه »(٣) ؛ فينتظم بذلك أنَّ المقصد الأعظم من الشريعة هو : جلْبُ الصلاح ، ودَرْءُ الفساد .

وإذا عرفنا أنَّ المصلحة عبارة عن جلْب المنفعة ودفع المضرة(٤) ، أو أنها : المحافظة علي مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق(٥) استقرَّ أنَّ الشريعة تقصد إلي قطع الضرر في كل ما جاءت به من أحكام ، وذلك

---

(١) – مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (ص ٦٣) . نشر الشركة التونسية للتوزيع .

(٢) ، (٣) – الموافقات للإمام الشاطبي (٦/٢)، ط : دار المعرفة ببيروت.

(٤)– المصلحة في التشريع الإسلامي، ونجم الدين الطوفي . للدكتور مصطفي زيد – رحمه الله – ص (١٩، ٢٠) .

(٥)– نسب هذا التعريف للخوارزمي الشوكاني في إرشاد الفحول [٢٤٢] . وقد علَّق الدكتور =

بالمنع منه ابتداء (بكل طرق الوقاية)، والحكم برفعه بعد الوقوع ، والنظر في الأثر المترتب عليه ؛ جبرا للمضرور؛ ومؤاخذةً لمحدث الضرر.

ويتمثل موقف الشريعة الإسلامية من الإضرار بالإنسان في هذه المقولة الجامعة للإمام الشاطبي - رحمه الله تعالي - :

«فالأصل : عصمة الإنسان عن الإضرار به، وإيلامه»[1] . أي: أنَّ الأصل دفع الإضرار ما أمكن الدفع؛ لأنَّ صيانة الإنسان غيره، والامتناع عن إنزاله الضرر به وإيلامه بأي وجه من وجوه الإيلام - أصلٌ ثابت في الإسلام[2].

وتذهب الشريعة في ذلك إلي حد تقييد كل حق ثابت للإنسان بعدم الضرر.

وفي هذا المعني يقول الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - :

« ...فالأحكام الشرعية كلها قامت لتحقيق مصالح العباد، وكل حق ثابت مقيدٌ بعدم الضرر»[3] .

والدليل علي ما ذكر من اعتبار الشريعة للضَّرر استقراء مصادرها ومواردها - منْ قِبل العلماء- والنظر في أدلتها الكلية والجزئية ، وما

=مصطفي زيد عليه في كتابه «المصلحة» (ص ٢٠) بأنه تضييق للمصلحة - وهو كما قال - لأنَّ المصلحة لاتتم بدفع المفاسد عن الخلق فقط ؛ إذ هذا ليس إلاجانبا واحدا منها ، أمَّا الجانب الآخر والأهم فهو الجانب الإيجابي فيها، وهو ما يعبر عنه بجلب المنفعة ...، فهما شيئان لاشيء واحد كما هو واضح.

(١)- الموافقات (٢/٣٦٢) .

(٢) - كتاب أسبوع الفقه الإسلامي للشيخ أبي زهرة. (ص ٣٥) ط : المجلس الأعلي للشئون الإسلامية - القاهرة .

(٣) - في المجتمع الإسلامي ص ٦٦، مطبعة يوسف بالقاهرة .

انطوت عليه من هذه الأمور العامة علي حد الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة منضاف بعضُها إلي بعض مختلفة الأغراض بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة ؛ علي حد ماثبت عند العامة : جود حاتم، وشجاعة علي – رضي الله عنه – وما أشبه ذلك [١] .

والحاصل : أنَّ العلماء قد انتهوا إلي ذلك من مجموع النظر في الظواهر ، والعمومات، والمطلقات، والمقيدات ، والجزئيات الخاصة في أعيان مختلفة ، ووقائع مختلفة في كل باب من أبواب الفقه ، وكل نوع من أنواعه، حتي إنهم ألْفَوا أدلة الشريعة كلها دائرة علي ذلك ، هذا مع ما ينضاف من قرائن أحوال منقولة وغير منقولة .

وعلي هذا السبيل أفاد خبر التواتر العلم ؛ إذ لو اعتبر فيه آحاد المخبرين لكان إخبار كل واحد منهم علي فرض عدالته مفيداً للظن ، فلا يكون اجتماعهم يعود بزيادة علي إفادة الظن ، لكن للاجتماع خاصية ليست للافتراق : فخبر واحد مفيد للظن مثلا ، فإذا انضاف إليه آخر قوي الظن ، وهكذا خبر آخر وآخر حتي يحصل بالجميع القطع الذي لا يحتمل النقيض ، فكذلك هذا ؛ إذْ لافرق بينهما من جهة إفادة العلم بالمعني الذي تضمنته الأخبار [٢] .

وحينئذ فإنَّه يمكن القول بأنَّ اعتبار الشريعة للضرر قد تضافرت عليه الأدلة علي نحو يثْبُتُ به التواتر المعنوي المفيد للعلم القطعي .

ونعرض فيما يلي لأنواع الضرر في العلاقات المختلفة : الأسرية، والمالية، وفيما يتصل بالملكية العقارية، وباب الجنايات، والعلاقات الدلية، مع بيان مدي اعتبار الشريعة لهذا ، وذلك من خلال هذه المباحث:

---

(١) (٢) – مستفاد من كتاب الموافقات للشاطبي (٢/٥١ ، ٥٢).

المبحث الأول

الضرر فى العلاقات الأسرية

المطلب الأول : الضرر في العلاقات الزوجية

تهدف الشريعة الإسلامية إلي أنْ يتحقق في الأُسْرة معني السَّكن عن طريق المودة والرحمة بين الزوجين .

ولما كانت هذه المودة والرحمة تتطلبان نمطا سلوكيا يؤدي إلي وجودهما في الحياة بين الزوجين فإنه قد جاءت الشريعة بهذه الجملة من الحقوق والواجبات لكلا الزوجين علي الآخر، حتي يتحقق بتمثُّلها في الواقع هذا النمط السلوكي المؤدي إلي حصول المودة والرحمة .

هذا من جانب الوجود والإثبات .

أمَّا من جانب العدم والسَّلْب ، فإننا نجد أن الشريعة قد منعتْ من الإخلال بتلك الحقوق . . ؛ ذلك أنه بهذا الإخلال يقع الضرر في الحياة الزوجية ويرتفع معني السَّكن، فترتفع معه المودة والرحمة، ويحل محلهما الشقاء والألمُ ، والضيق والأذي.

وعلي هذا فإنه يكون المقصودُ بالضرر الممنوع منه في هذا المطلب : **الإخلال بما قرَّرته الشريعة من الحقوق والواجبات لكلا الزوجين علي الآخر .**

والبحث – هنا – يعرض لبعض الفروع الفقهية التي تؤكد من صواب ذلك .

الفرع الأول : الإخلال بحق العشرة بالمعروف

تقرر الشريعة الإسلامية أنه يلزمُ كلَّ واحد من الزوجين معاشرة الآخر

بالمعروف : من الصحبة الجميلة ، وكف الأذي ، وأنْ لا يمطله بحقه مع قدرته ، ولا يظهر الكراهة لبذله، بل ببشْرٍ وطلاقة، ولا يتبعه منا ولا أذي (١) .

وجماع المعروف-كما يقول الإمام الشافعي بحق- : الكفُّ عن المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته ، فأيهما مطل بتأخيره ، فمطل الغني ظلم (٢) .

وأصل ذلك قوله الله – تعالي – : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوف ﴾ (٣) ، وقوله : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوف ﴾ (٤) . قال أبو زيد : يتقون الله فيهن ، كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس : إني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي ؛ لأن الله – تعالي – يقول : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوف ﴾ . وقال الضحاك في تفسيرها : إذا أطعن الله ، وأطعن أزواجهن ، فعليه – أي الزوج – أن يحسن صحبتها ، ويكف عنها أذاه، ويُنفق عليها من سعته، وقال بعض أهل العلم : التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من حق لصاحبه بالمعروف ، ولا يمطله به ، ولايظهر الكراهة ، بل ببشر وطلاقة ، ولا يتبعه أذي ، ولامِنّة (٥) .

---

(١)- انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٤٤)، والكافي لابن عبد البر (ق ٢/ ٢٥٧) ، والروضة للنووي (٣٤٤/٧) والمغني لابن قدامة (٢٩٣/٧) . ط١ : القاهرة ، وكشاف القناع (١٨٤/٥)، والمحلي لابن حزم (٧٢/١٠) ،والبحر الزخار(٨٣/٤).

(٢) – قال النووي : قال الأصحاب: أراد بالكف عن المكروه: الامتناع عما يكرهه صاحبه، وبإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه : أنْ لا يحوجه في أداء الحق إلي كلفة ومؤنة ، وبقوله من غير إظهار كراهة : أنْ يؤدي الحقَّ راضيا طلْق الوجه. الروضة (٣٤٤/٧).

(٣) – آية (١٩) سورة النساء.

(٤) آية (٢٢٨) سورة البقرة .

(٥)- انظر : المغني لابن قدامة (٧ / ٢٩٣) . ط : القاهرة .

والحاصل : أنه علي كل واحدٍ منهما أن يحسن خلقه مع صاحبه ، ويرفق به ، ويتلطَّف معه.

فإذا أخلّت المرأة بذلك بأنْ أساءت عشرة الرجل ، فللرجل عليها ولاية تأديب بالوعْظ، وإلاً فالهجر ، وإلاً فالضرب غير المبرح (١) ، فإنْ لم يُفدْ ذلك فيها صلاحا وتحوُّلا عن الإساءة إلي الإحسان، فبيده حلُّ عقدة النكاح بإيقاع الطلاق عليها .

أما الرجل الذي يخلُّ بذلك ، فيسيء إلي زوجه ولا يحسن إليها علي نحو ما أمر الشارع ، فقد ذهب الفقه إلي أنَّ هذه المرأة لها أن ترفع أمرها إلي القاضي تطلب منه كفَّه عن ظلمها والإضرار بها، وللقاضي أن يسلك معه في نهيه عن ذلك مايراه ملائما لأمثاله وما يتناسب مع مقدار

---

(١) والضرب غير المبرح يفسره الفقهاء بأنه هو الذى «لا يكسر عضواً ولا يؤثر فيها شيئاً» أى لا يترك أثراً مادياً على أن لا يكون هذا الضرب عل الوجه . وسيأتى تفصيل القول فى ذلك .

وقضية ضرب الزوج زوجه فى الإسلام دقيقة جداً - كما يقول بحق أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى - وهى مما يساء فهمه وتطبيقه من كثير من الناس لجهلهم بحقائق التشريع ودقائقه ، فللرجل - حقاً - فى حالة ما لم يُفدْ الوعظ والإرشاد والتفاهم بالود فى معالجة المرأة ، كذلك الهجر فى المضجع معلناً لها غضبه فى هذه الصورة السلبية من الامتناع عن المعاشرة الطبيعية ، أقول فللرجل الحق فى هذه الحالة البالغة الندرة أنْ يضرب زوجه هذا الضرب غير المبرح ، لكنْ مَنْ تضرب من النساء عندئذ ؟ إنها نوع قليل من النساء سليطة اللسان ، مجاهرة بعصيان زوجها ومعاندته ، حريصة على إهانته ومخالفة أمره ، غير مكرمة لنفسها ، أو لما بينهما من عشرة ، ولا تكون هذه المرأة - عادة - من البيوت الكريمة الأصيلة ... ، أما من تلجىء الزوج إلى ضربها على أمل إصلاحها وحملها على الطاعة - لأن المسلم الحق لا يضرب إلا عند هذا الأمل كما سيأتى - فإن تكوينها النفسى والثقافى كثيراً ما يكون فى صورة يؤدى الضرب الخفيف معها إلى الإصلاح والحمل على الطاعة ، وتلك حالات نادرة لكنها غير منعدمة ، وعلى هذا فإنه يظهر أن الضرب المباح إنما يباح فى مثل هذه الحالات ، لا أنه يباح فى كل امرأة يقيناً .

انظر تفصيل القول فى ذلك لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجى حسن فى مؤلفه العظيم فى أحكام الأسرة ٣٧٩ وما بعدها .

ما لحق الزوجة من أضرار ، فقد يكتفي في ذلك بأن يذكره بإحسان عشرة زوجته وتحري العدل معها ، إذا كان الظلم والإضرار غير ظاهر ، وقد يقوم بتعزيره وردعه عن ظلم زوجته بالوسيلة التي تحقق هذا الغرض ، وهذا هو مجمل ما دل عليه الفقهان : الحنفي (١) والشافعي(٢) .

قال الخطيب في مغني المحتاج : «فإنْ أساء خلقه وأذاها – بضرب أو غيره – بلا سبب ، نهاه– أي القاضي – عن ذلك ولا يعزره ، فإنْ عاد إليه، وطلبت تعزيره من القاضي عزَّره بما يليق به لتعديه عليها »(٣) .

ويبين الشافعية سبب عدم التعزير في المرة الأولي وإنْ كان القياس جوازه إذا طلبته ، وذلك حيث يقول السبكي : «ولعل ذلك ؛ لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين ، والتعزير عليها يورث وَحْشَةً بينهما ، فيقتصر أولاً علي النهي لعل الحال يلتئم بينهما ، فإنْ عاد عزَّره وأسكنه بِجَنْبِ ثقةٍ يمنع الزوج من التعدي عليها» (٤) .

أما المالكية فإنهم يرون أنَّ للزوجة أنْ تشكوَ زوجها إلي القاضي إذا كان يسيء معاملتها ويؤذيها، فإذا اشتكت المرأة : أنَّ زوجها يضربها وبها أثر ضرب ولا بيِّنة لها علي معاينة ضربها ، فإنه يسأل جيرانها فإن قالوا إنَّ مثله لا يتورّع عن ظلمها وأذاها، أدَّبه وحبسه ...، وإنْ أثبتت المرأة الإيذاء، والضرب الذي لايليق بمثلها ، وطلبت التفريق ، فإنها تُطلَّق منه .

جاء في الشرح الكبير : «ولها – أي للزوجة – التطليق علي الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعا : كهجرها بلا موجب شرعي ، وضربها

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص الحنفي (٣/١٤٩، ١٥٠).
(٢) – انظر: الروضة (٧/٣٧٠) ، ومغني المحتاج (٣/٢٦٠).
(٣)– مغني المحتاج(٣/٢٦٠).
(٤) – مغني المحتاج (٣/٢٦٠).

كذلك ، وسبها ، وسب أبيها : نحو يا بنت الكلب ، يا بنت الكافر ، يابنت الملعون ، كما يقع كثيرا من رعاع الناس، ويؤدب علي ذلك زيادة علي التطليق كما هو الظاهر ، وكوطئها في دبرها ، لا بمنعها من حمام وفرجة ، وتاديبها علي ترك صلاة، أو تسر ، أو تزوج عليها ، متي شهدت بينة بأصل الضرر، فلها اختيار الفراق ، وإن لم تشهد البينة بتكرره – أي الضرر – ، ولها اختيار البقاء معه ، وبتعديه زجره الحاكم فيما لو اختارت البقاء معه » (١) .

ويري الحنابلة : أنَّ الزوج إذا أساء بزوجته فللقاضي أن يسكنها بجانب ثقة يمنعه من الإضرار بها، والتعدي عليها .

قال ابن قدامة : « والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلي العصيان بعث الحاكم حكما من أهله ، وحكما من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأنْ يجمعا إذا رأيا ، أو يفرقا ، فإنْ فعل من ذلك لزمهما ، وجملة ذلك : أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق، نظر : فإنْ بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضي حكمه ، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدّي عليها »(٢) .

ويري الزيدية : أن الزوج إذا أضرَّ بزوجته ونشز عما يعتاده من طيب عشرته فلها استرضاؤه بترك بعض حقوقها المالية له ؛ لقوله – تعالي – : ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا . . . ﴾(٣)

---

(١)– الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٤٥).

(٢)– المغني لابن قدامة(٧/٣٢٠).ط: القاهرة.

(٣)– آية (١٢٨) سورة النساء

ويطيب له ما لم يُخلَّ بواجب ، وعليها التواضع له ؛ لقوله – تعالي – : ﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ (١) ﴾ (٢) .

ومذهب الإمامية : أنه إذا ظهر من الزوج النشوز بمنع حقوقها ، فلها المطالبة ، وللحاكم إلزامه، أو أنْ تتنازل عن بعض حقوقها من قسمة ، ونفقة .

جاء في شرائع الإسلام : « وإذا ظهر من الزوج النشوز بمنع حقوقها فلها المطالبة، وللحاكم إلزامه، ولها ترك بعض حقوقها من قسمة ونفقة » (٣) .

وهكذا يظهر لنا أنَّ الفقه الإسلامي يري أنَّ إخلال الرجل بحق زوجه في المعاشرة بالمعروف خروجا علي ما أمر به الشارع – ضرر معتبر يخول للمرأة رفْع الأمر إلي القضاء ليلزمه القاضي بالكف عن ذلك بالتعزير بالزجر والضرب ، وأيضا فإنه يخول للمرأة طلب التطليق كما في الفقه المالكي .

كذلك فإنه من الضرر الممنوع منه في هذا المطلب : إخلال الزوج (المرأة) بحق زوجها في التمكين من الوطء .

وتفصيل القول في ذلك علي النحو التالي :

---

(١) – آية (٢٢٨) سورة البقرة .

(٢) البحر الزخّار (٤/٨٩) .

(٣) – شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي (٢/٣٣٩) . ط : دار الأضواء – بيروت .

الفرع الثاني : إخلال المرأة بحق زوجها عليها في إجابة دعوته إلى الفراش .

والأصل في هذا قول الله – تعالي – : ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا** ﴾ (١) . قال القرطبي : فأوَّلُ ارتفاق الرجل بالمرأة سكونه إليها مما فيه غليان القوة وذلك أنَّ الفرج إذا تحمَّل فيه هيَّج ماء الصُّلب إليه، فإليها يسكن ، وبها يتخلَّصُ من الهياج، وللرجال خُلقَ البُضْعُ منهن ، قال الله – تعالي – : ﴿ **وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم** ﴾(٢) ، فأعلم الله – عز وجل– الرجال أنَّ ذلك الموضع خُلق منهن للرجال ، فعليها بذله في كل وقت يدعوها الزوج ، فإنْ منعته فهي ظالمةٌ وفي حرج عظيم ، ويكفيك من ذلك ما ثبت في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله –ﷺ – : « **والذي نفسي بيده ما من رجل يدعو امرأة إلي فراشها فتأبي عليه إلاَّ كان الذي في السماء ساخطا عليها حتي يرضي عنها** »(٣) . وفي لفظ آخر : « **إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتي تصبح**(٤) »(٥) .

وفي هذا يقول الحنفية : إنه يجب علي المرأة أن تطيع زوجها إذا دعاها إلي الفراش؛ لقوله – تعالي – : ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ**

(١)– آية (٢١) سورة الروم .

(٢) – آية (١٦٦)سورة الشعراء .

(٣) – أخرجه مسلم : مسلم بشرح النووي (٦١١/٣) كتاب النكاح، باب : « تحريم امتناعها من فراش زوجها» .

(٤)– أخرجه مسلم : مسلم بشرح النووي(٦١٠/١٣) كتاب النكاح، باب : « تحريم امتناعها من فراش زوجها» .

(٥)– تفسير القرطبي (٥٠٩٩/٦) .

بِالْمَعْرُوفِ ﴾[١] . قيل : لها المهر والنفقة ، وعليها أن تطيعه في نفسها ؛ ولأن الله – عز وجل– أمر بتأديبهن بالهجر والضرب عند عدم طاعتهن ، ونهي عند طاعتهن بقوله – عز وجل– : ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلا ﴾[٢] ، فدلَّ أنَّ التأديب كان لترك الطاعة ، فيدل علي لزوم طاعتهن الأزواج[٣] .

ومعني هذا : أنه يكون للزوج ولاية تأديب علي زوجه فيما لو امتنعت عن إجابة دعوته إلى الفراش – لغير عذر– ؛ ذلك لأنها أضرَّت به بأن منعته حقا من حقوقه عليها ، بل هو من أعظم حقوقه وآكدها عليها .

وهذا بخلاف ما لو تضررت من كثرة جماعه ، فإنه لم يجز له الزيادة علي قدر طاقتها، ولها أن تمتنع عند الزيادة [٤] .

---

(١) – آية (٢٢٨) سورة البقرة. (٢)– آية (٣٤)سورة النساء.

(٣)– انظر: بدائع الصنائع (٣٣٤/٢) ، وانظر : الفتاوي الخانية بهامش الهندية (٤٤٢/١).

(٤) انظر: الدرالمختار مع حاشية رد المحتار لابن عابدين (٢١٤/٣، ٢١٥). ونقل عن النهر قوله : ومقتضي النظر أنه لا يجوز أنْ يزيد علي قدرطاقتها، أما تعيين المقدار ، فلم أقف عليه لأئمتنا ، نعم في كتب المالكية خلاف: فقيل يقضي عليها بأربع في الليل وأربع في النهار، وقيل : بأربع فيهما، وعن أنس بن مالك : عشر مرات فيهما، وفي دقائق بن فرحون : باثنتي عشرة مرة، وعندي : أنَّ الرأي فيه للقاضي ، فيقضي بما يغلب علي ظنه أنها تطيقه.

وقال الحموي عقبه: وأقول وينبغي أنْ يسألها القاضي عما تطيق ، ويكون القول لها بيمينها ؛ لأنه لا يعلم إلا منها، وهذا طبق القواعد، وأما كونه منوطا بظن القاضي فهو إنْ لم يكن صحيحا فبعيد .

هذا وقد صرح ابن مجد في « تأسيس النظائر» وغيره: أنه إذا لم يوجد نص في حكم من كتب أصحابنا يرجع إلي مذهب مالك، قال : ولم أر حكم ما لو تضررت من عظم آلته بغلظ، أو طول ، وهي واقعة الفتوي.

قال ابن عابدين : ما نقله عن ابن مجد غير مشهور، ولم أر من ذكره غيره ...، هذا وقد صرحوا عندنا بأن الزوجة إذا كانت صغيرة لا تطيق الوطء لا تُسلَّم إلي الزوج حتي تطيقه، والصحيح: أنه غير مقدَّر بالسن، بل يفوض إلي القاضي بالنظر إليها من سمن أو هزال ، وقدَّمنا عن «التاتر خانية» : =

وكذلك المالكية ، فالمذهب : أنه لو امتنعت الزوجة من مضجعه ولم يقدرعلي صرفها بكلامه كان له عليها ولاية تاديب [1] .

جاء في « الشرح الكبير » أنه يعظ الزوج من نشزت عن الطاعة : كان منعته الاستمتاع بها . . .، ثم إذا لم يُفِد الوعظ هجرها في المضجع، فلا ينام معها في فراش لعلها أن ترجع عما هي عليه من المخالفة، ثم إذا لم يُفدْ الهجر ضربها ضربا غير مبرح، وهو الذي لا يكسر عظما ، ولا يشين جارحة [2] .

ذلك لأن امتناعها من مضجعه فيه إخلال بحقه عليها في التمكين من الوطء ؛ فيتضرر من ذلك ، فيكون له عليها ولاية تاديب بالوعظ، وإلا فالهجر، وإلا فالضرب غير المبرح، حتي تعود إلي صوابها وتبذل له نفسها ما دام لا يوجد عذر يمنعها من التمكين .

=أن البالغة إذا كانت لا تحتمل لا يؤمر بدفعها إلي الزوج- أيضا- ، فقوله « لا تحتمل» يشمل ما لو كان لضعفها ، أو هزالها، أو لكبر آلته.

وفي «الأشباه» من أحكام غيبوبة الحشفة فيما يحرم علي الزوج وطء زوجته مع بقاء النكاح، قال : وفيما إذا كانت لا تحتمله لصغر، أو مرض، أو سمنه، وربما يفهم من سمنه عظم آلته ، وحرّر الشرنبلالي في «شرحه علي الوهبانية» : أنه لوْ جامع زوجته فماتت أو صارتْ مفضاة، فإنْ كانت صغيرة، أو مكرهة، أوْ لا تطيق تلزمه الدية اتفاقاً.

فعلم من هذا كله : أنه لا يحل له وطؤها بما يؤدي إلي إضرارها ، فيقتصر علي ما تطيق منه عددا بنظر القاضي، أو إخبار النساء، وإنْ لم يعلم بذلك فبقولها ، وكذا في غلظ الآلة، ويؤمر في طولها بإدخال قدر ما تطيقه منها ، أو بقدر آلة رجل معتدل الخلق. والله أعلم.

انظر : حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٣/٢١٤، ٢١٥).

(١) – انظر : الكافي في فقه أهل المدينة(٢/٢٥٧)، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي(١/٤٣٩) .

(٢) – الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٤٣) ، وانظر : أسهل المدارك للكشناوي (٢/١٣١).

وأمّا الشافعية فمذهبهم : أنه يجب علي المرأة بذل ما يجب للرجل من الطاعة إذا دعاها إلى الفراش ونحوه – من غير مطل ؛ لما روي أبو هريرة – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله – ﷺ – : **« إذا دعا أحدكم امرأته إلي فراشه فأبت فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتي تصبح »** [(١)] .

فإنْ منعته الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلي تعب، فهل يؤدبها الزوج، أو يرفع أمرها إلي القاضي ليؤدبها؟ وجهان، ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاعات، فهل هو نشوز يسقط النفقة؟ وجهان . قال النووي : أصحهما : نعم ، والأصح من الوجهين في تأديبها : أنه يؤدبها بنفسه ؛ لأنَّ في رفعها إلي القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد ، وتوحيشاً للقلوب[(٢)].

ويري الحنابلة أنَّ للزوج الاستمتاع بزوجته كلَّ وقت ولو كانت علي التنور أو علي ظهر قتب مالم يشغلها عن الفرائض أو يضرها ، فإنْ زاد عليها في الجماع صولح علي شيء منه، وإن كان عظيم الآلة وخافت علي نفسها الإفضاء فلها منعه لحديث «لاضرر ولاضرار» ، وهذا لا يسقط نفقتها ؛ لأن منعها نفسها منه لعذر[(٣)] .

فإنْ عصته وامتنعتْ من إجابته إلي الفراش –من غير عذر– هجرها في المضجع ما شاء؛ لتضرره منها بمنعها حقه في التمكين من الوطء، فإنْ أصرت ولم ترتدع بالهجر فله أن يضربها ضربا غير مبرح[(٤)] .

---

(١) – انظر: المهذب (٢/٨٥) ، والحديث تقدَّم تخريجه.

(٢)– انظر: الروضة (٣٦٩/٧، ٣٧٠).

(٣)– انظر: كشاف القناع(١٨٦/٥، ١٨٨).

(٤)– انظر: المغني لابن قدامة(٣١٨/٧) . ط القاهرة، وكشاف القناع(٢٠٩/٥).

وقد نصَّ الزيدية علي مثل هذا ، فالمذهب : أنَّ الذي علي المرأة لزوجها تمكين الوطء صالحة، خالية حيث يشاء في القبل ولو من دبر[1] .

فإنْ امتنعت – أي : بغير عذر – عن إجابته إلي الفراش، استحقت التاديب بالضرب، وفي كون التاديب إلي الزوج أو الحاكم تردد، لكن لا تأديب بالضرب إلا بعد الوعظ ثم الهجر[2] .

وهكذا فإنه يظهر انَّ حق الرجل علي زوجه في إجابة دعوته إلى الفراش من آكد حقوقه عليها، وأن إخلال المرأة به – مع صلاحها له ، والخلو من المانع– تعتبره الشريعة ضررا بالرجل، فتمنع منه، وتخول له في سبيل ذلك أن يرفع الأمر إلي الحاكم– كما رأينا في بعض المذاهب – ليردع هذه المرأة، وليعود بها إلي حيث الصواب من القيام بحق زوجها في التمكين من الوطء.

كذلك فإنه من الضرر المعتبر الذي تمنع منه الشريعة في هذا المطلب : إخلال المرأة بحق زوجها في القرور في البيت بأنْ تخرج بغير إذنه ؛ لأن للزوج الاستمتاع بها كُلَّ وقت، وحقه في هذا واجب علي الفور ، والخروج يُفوته عليه ، فيتضرر بذلك .

وتَفْصِيلُ القول في ذلك وَفْق ما يلي :

– الفرع الثالث : إخلال المرأة بحق زوجها في القرور في البيت بأنْ تخرج بغير إذنه

والأصل في هذا قول الله – تعالي – : ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ .... ﴾[3] .

---

(١)– انظر: السيل الجرار المتدفق علي حدائق الأزهار للشوكاني (٢٩٨/٢) . ط : المجلس الأعلي للشئون الإسلامية .

(٢) – انظر: البحر الزخار(٨٨/٤) .

(٣) – آية (٣٣) سورة الأحزاب .

قال القرطبي : « معني هذه الآية : الأمر بلزوم البيت ، وإنْ كان الخطاب لنساء النبي – ﷺ – فقد دخل غيرهن فيه بالمعني ، هذا لو لم يرد دليل يخص جميع النساء ، كيف والشريعة طافحة بلزوم النساء بيوتهن، والانكفاف عن الخروج إلا لضرورة » [١] .

وفي هذا يقول الحنفية : إن النكاح الصحيح ينبني عليه أحكام بعضها أصلي ، وبعضها من التوابع، أما الأصلية فمنها : « ملك – الزوج – الحبس والقيد – للمرأة – وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز؛ لقوله – تعالي – : ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ** ... ﴾ [٢] .

والأمر بالإسكان نهي عن الخروج والبروز والإخراج؛ إذ الأمر بالفعل نهي عن ضده، وقوله – عز وجل – : ﴿ **وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ** .... ﴾[٣] ، وقوله – عز وجل – : ﴿ **لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْن** ﴾[٤] ؛ ولأنها لو لم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز لاختل السكن والنسب ؛ لأن ذلك مما يريب الزوج، ويحمله علي نفي النسب »[٥]

وأيضا لأن للزوج حق الاستمتاع بها في كل وقت ، وحقه واجب علي الفور ، فلا يفوته بالخروج .

فإنْ لم تطع المرأة زوجها بأنْ خرجت من غير أن يأذن لها ، فللزوج أنْ يؤدبها ، لكن علي الترتيب فيعظها أولاً علي الرفق واللين دون التغليظ

---

(١)- تفسير القرطبي (٦/ ٥٢٦١).

(٢) - آية (٦) سورة الطلاق.

(٣)- آية (٣٣) سورة الأحزاب.

(٤) آية (١) سورة الطلاق.

(٥) بدائع الصنائع (٢/ ٣٣١).

في القول ، فإنْ قبلت وإلا غلَّظ القول به فإنْ قبلت وإلاهجرها في الفراش، فإنْ قبلت وإلا بسط يده فيه ضرباً غير مبرح، فإنْ نفع الضرب، وإلا رفع الأمر إلي القاضي ليوجه إليهما حكمين : حكما من أهله وحكما من أهلها كما قال الله -تعالي- : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا (١) . ﴾(٢) .

ومثل ذلك مذهب المالكية ، فالمذهب أنَّ للزوج علي المرأة حق القرور في البيت ، فلا تخرج إلا بإذنه ، فإن خرجت بلا إذن لمكان لا يحب خروجها له ، فللزوج أن يؤدبها ، لكن علي الترتيب : بأنْ يعظها أوَّلا، ثم إذا لم يُفِد الوعظ هجرها ، فلا ينام معها في فرش، ولا يباشرها ، ثم إنْ لم يفد الهجر ضربها ضربا غير مبرح ، ومحل جواز الضرب إنْ ظن إفادته وإلا فلا يضرب ، ويرفع الأمر إلي القاضي ليوجه إليهما حكمين(٣) .

ومذهب الشافعية : أن للزوج علي امرأته حقا في أنْ تَقَرَّ في البيت، ولا تغادره إلابإذنه ، وله منعها من الخروج إلي المساجد وغيرها ؛ قالوا : «لأنَّ حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب »(٤) . لكن يكره

---

(١) آية (٣٥) سورة النساء.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/٣٣٤).

وذكر في الفتاوي الخانية بهامش الهندية (١/٤٤٣): أنه يؤذن للزوجة بالخروج لأسباب معدودة منها إذا كانت في منزل يخاف السقوط عليها ، ومنها الخروج إلي مجلس العلم إذا وقعت لها نازلة ولم يكن الزوج فقيها ، ومنها الخروج إلي الحج الفرض إذا وجدت محرما ويجوز للزوج أن يأذن لها بالخروج ، ولايصير عاصيا بالإذن ، ومنها الخروج إلي زيارة الوالدين وتعزيتهما وعيادتهما وزيارة المحارم .

(٣) – انظر: الكافي لابن عبد البر (القسم الثاني/٢٥٧)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٣٤٣) ، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي (١/٤٣٩) ، وأسهل المدارك(٢/١٣١) .

(٤)– انظر: المهذب (٢/٨٤، ٨٥).

(١)– المصدرالسابق. (٢)– انظر: الروضة (٧/٣٦٩).

منعها من عيادة أبيها إذا أثقل وحضور مواراته إذا مات ؛ لأن منعها من ذلك يؤدي إلي النفور ويغريها بالعقوق(١) .

فإنْ خرجت من المسكن من غير أنْ يأذن لها ، نظر : فإنْ كان لا يتكرر ، ولا يظهر إصرارها عليه ، فيعظها ويهجرها ، وفي جواز الضرب قولان ، رجّح الشيخ أبو حامد، والمحاملي : المنع ، وصاحبا «المهذب» و «الشامل» : الجواز (٢) .

وقال النووي : «رجح الرافعي في« المحرر» : المنع ، والموافق لظاهر القرآن الجواز ، وهو المختار»(٣)،وإن كان يتكرر وتصر عليه، فله الهجران والضرب بلا خلاف(٤) .

وهل يؤدبها الزوج بنفسه أم يرفع إلي القاضي ليؤدبها؟ وجهان . قال النووي : « والأصح من الوجهين في تأديبها أنْ يؤدبها بنفسه »(٥) .

ويري الحنابلة أنّ من حق الزوج علي امرأته أنْ تقرّ في منزله، وأن له أن يمنعها من الخروج من منزله إلي ما لها منه بد، سواء أرادت زيارة والديها، أو عيادتهما، أو حضور جنازة أحدهما

قال أحمد في امرأة لها زوج، وأم مريضة : «طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أنْ يأذن لها» (٦) ؛ لأن طاعة الزوج واجبة، والعيادة غير واجبة، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب(٧) .

---

(١)- المصدرالسابق. (٢)- انظر: الروضة (٧/٣٦٩).
(٣)- المصدر السابق.
(٤)- انظر: الروضة (٧/٣٦٩). (٥) - المصدر السابق .
(٦)- المغني لابن قدامة (٧/٢٩٥) . ط : القاهرة .
(٧) - انظر: السابق .

وبالجملة : فإنه لا يجوز للمرأة الخروج إلا بإذن زوجها ، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها، وزيارتهما ؛ لأن في ذلك قطيعةً لهما ، وحملا لزوجته علي مخالفته ، وقد أمر الله بالمعاشرة بالمعروف، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف[1] .

فإنْ عصت المرأة بأنْ خرجت من منزله بغير إذنه فله أن يؤدبها بأن يهجرها في المضجع ، وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها بأول مرة، وروي عن أحمد : إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرْبا غير مبرح، فظاهر هذا: إباحة ضربها بأول مرة [2] .

وكذلك الزيدية، فالمذهب : أنه لا تخرج المرأة من بيت زوجها إلا بإذنه ، فإن خرجت من بيته بغير إذنه استحقت التأديب ، وفي كونه إلي الزوج أو الحاكم تردد ،ويجوز ضربها ، وهجرها [3] .

والحاصل من مجموع هذا الذي تقدم : أنَّ الفقه الإسلامي ينظر إلي إخلال المرأة بحق زوجها في القرور في البيت وعدم الخروج إلا بإذنه – علي أنه ضرر معتبر يمنع منه ، ويجب فيه التأديب إمَّا بمباشرة الزوج ، أو برفعه الأمر إلي القاضي؛ ذلك أنَّ للزوج الاستمتاع بها في كل وقت ، وحقه هذا واجب علي الفور، والخروج يُفوته عليه ، فيتضرر منه .

وأيضا فإنه من الضرر الذي تراعيه الشريعة – هنا – فتمنع منه : إخلال الرجل بحق زوجه عليه في القسم .

وتفصيل القول في ذلك وفق ما يلي :

---

(١) – انظر: المغني لابن قدامة (٧/ ٢٩٥) . ط : القاهرة، وكشَّاف القناع(٥/ ١٩٧).

(٢) – انظر: المغني (٧/ ٣١٨) . ط : القاهرة، وكشاف القناع(٥/ ٢٠٩).

(٣) – انظر: البحر الزّخَّار (٤/ ٨٨).

الفرع الرابع : إخلال الرجل بحق زوجه عليه في القسم

والأصل في ذلك : أن مَنْ كان له أكثر من زوجة وجب عليه العدل بينهن في القسم ، وهو توزيع الزمان عليهن بالتساوي ، فيجعل لكل واحدة يوماً وليلة ؛ لأنه إذا قسم لواحدة أكثر من غيرها ، كان في ذلك ميل، وقد قال الله - تعالي- : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[1] ،وليس مع الميل معروف، وروي أبو هريرة أن رسول الله- ﷺ - قال : **« مَنْ كانت له امرأتان فمال إلي إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل »**[2] . وعن عائشة قالت : « كان رسول الله - ﷺ - يقسم بيننا فيعدل ، ثم يقول : **« اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما لا أملك »** [3] .

والقصد من القسم : السَّكَن ، والإيواء، والأنس ؛ لأن حاجة النساء داعية إلي ذلك، لا أن القصد الوطء، ولذا فإن الزوج يقسم لزوجة حائض، ونفساء، ومريضة، ومعيبة .

وفي هذا المعني يقول البهوتي الحنبلي : « ويقسم الزوج لزوجة حائض، ونفساء ، ومريضة، ومعيبة بجذام ونحوه، ولصغيرة (لا) يمكن وطؤها ، ومن آلي منها ، أو ظاهر منها، ومحرمة، وزمنة ، ومجنونة مأمونة نصا ؛ لأن القصد السكن والإيواء والأنس ، وحاجتهن داعية إلي ذلك »[4]

وجاء في القوانين لابن جزي مثل ذلك ، ففيها أنه : « تستوي المريضة، والحائض، والنفساء ، والمحرمة ، والكتابية - يعني في القسم -

---

(١) - آية (١٩) سورة النساء .

(٢) - أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في «القسم بين النساء» . قال المنذري : وأخرجه الترمذي والنسائي، وابن ماجة. انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري مع معلم السنن للخطابي (٦٣/٣) .

(٣)- أخرجه أبو داود في كتاب النكاح، باب في « القسم بين النساء» . قال المنذري : وأخرجه الترمذي، والنسائي وابن ماجة، انظر : مختصر سنن أبي داود للمنذري (٦٣/٣، ٦٤).

(٤) - كشاف القناع (٢٠١/٥)، وانظر: المغني لابن قدامة (٣٠٢/٧) . ط : القاهرة .

مع غيرها ؛ لقصد الأنس» [1] .

فإن أخلَّ الرجل بهذا الحق للمرأة فإنه ينظر إلي هذا الإخلال علي أنه ضرر معتبر بالمرأة ، فيمنع منه .

وفي هذا يقول الحنفية : إنه يجب العدل بين النساء في حقوقهن ، وجملة الكلام فيه : أن الرجل لا يخلو إما أن يكون له أكثر من امرأة واحدة، وإما أن كانت له أمرأة واحدة .

فإن كان له أكثر من امرأة فعليه العدل بينهن في حقوقهن من القسم، وهو : التسوية بينهن في ذلك، حتي لو كانت له امرأتان حرتان، أو أمتان يجب عليه أن يعدل بينهما في البيتوتة . قال الكاساني : « والأصل فيه قوله -عز وجل- :﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ عقيب قوله : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاثَ وَرُبَاعَ ﴾[2] ، أي : إن خفتم ألا تعدلوا في القسم، والنفقة في نكاح المثني ، والثلاث، والرباع فواحدة، ندب سبحانه وتعالي إلي نكاح الواحدة عند خوف ترك العدل في الزيادة، وإنما يخاف علي ترك الواجب ، فدل أن العدل بينهن في القسم والنفقه واجب ، وإليه أشار في آخر الآية بقوله : ﴿ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلاَّ تَعُولُوا ﴾[3] . أي تجوروا والجور حرام، فكان العدل واجباً ضرورة؛ ولأن العدل مأمور به ؛ لقوله - عز وجل - : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ﴾[4] علي العموم والإطلاق إلا ما خص أو قيد بدليل، وروي عن أبي قلابة أن النبي - ﷺ -

---

(١) - القوانين الفقهية لابن جزي (١٨٤) ، وانظر في مثل ذلك : حاشية ابن عابدين علي الدر(٢١٣/٣)، وقال الدسوقي في حاشيته علي الشرح الكبير :« القصد من القسم دفع الضرر الحاصل وتحصين المرأة» انظر حاشية الدسوقي (٢/ ٣٤٠)، وبمثله قال الصاوي . انظر: حاشية الصاوي علي الشرح الصغير(٤٣٧/١) .

(٢)- آية (٣) سورة النساء .

(٣) - آية (٣) سورة النساء .

(٤) - آية (٩٠) سورة النحل .

كان يعدل بين نسائه في القسمة، ويقول : « **اللهم هذه قسمتي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك انت ولا أملك** » [1] . وعن أبي هريرة – رضي الله عنه – عن رسول الله – ﷺ – أنه قال : « **من كان له امرأتان ، فمال إلي إحداهما دون الأخري، جاء يوم القيامة وشقه مائل** [2] » [3] .

ويستوي في القسم عند الحنفية البكر والثيب، والشابة والعجوز ، والقديمة والحديثة، والمسلمة والكتابية؛ لما ذكر من الدلائل من غير فصل؛ ولأنهما يستويان في سبب وجوب القسم وهو النكاح، فيستويان في وجوب القسم [4] .

فإن كانت إحداهما حرة، والأخري أمة، فللحرة يومان ، وللأمة يوم. وقد قال الكاساني في تعليل ذلك : « لما روي عن علي – رضي الله عنه – موقوفا عليه ، مرفوعا إلي النبي – ﷺ – أنه قال : « **للحرة الثلثان من القسم، وللأمة الثلث** » ؛ ولأنهما ما استويا في سبب الوجوب، وهو النكاح، فإنه لا يجوز نكاح الأمة بعد نكاح الحرة ولا مع نكاحها ، وكذا لا يجوز للعبد أن يتزوج بأكثر من اثنتين ، وللحر أن يتزوج بأربع نسوة، فلم يتساويا في السبب، فلا يتساويان في الحكم...؛ ولأن الحرية تنبئ عن الكمال ، والرق يشعر بنقصان الحال ، وقد ظهر أثر النقصان في الشرع في المالكية، وحل المحلية، والعدة، والحد، وغير ذلك ، فكذا في القسم، وهذا التفاوت في السُّكْني والبيتوتة، يسكن عند الحرة ليلتين ، وعند الأمة ليلة» [5] .

---

(١)– تقدم تخريجه عند أبي داود من حديث عائشة – رضي الله عنها –.

(٢)– تقدم تخريجه.

(٣)– بدائع الصنائع للكاساني (٣٣٢/٢) ، وانظر : الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢١٢/٣ ومابعدها) .

(٤)– بدائع الصنائع (٣٣٢/٢) .

(٥)– المصدر السابق .

هذا إذا كان له امرأتان أو أكثر من ذلك، فأما إذا كانت له امرأة واحدة، فطالبته بالواجب لها ، ذكر القدوري رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: إذا تشاغل الرجل عن زوجه بالصيام، أو بالصلاة، أو بأمة اشتراها، قسم لامرأته من كل أربعة أيام يوما ومن كل أربع ليال ليلة ، وقيل له : تشاغل ثلاثة أيام وثلاث ليال بالصوم ، وهكذا كان الطحاوي يقول : إنه يجعل لها يوما واحدا يسكن عندها ، وثلاثة أيام ولياليها يتفرغ للعبادة وأشغاله، ووجه هذا القول ما ذكره محمد في كتاب النكاح: أن امرأة رفعت زوجها إلي عمر - رضي الله عنه - وذكرت أنه يصوم النهار ، ويقوم الليل ، فقال عمر - رضي الله عنه - : ما أحسنك ثناءً علي بعلك ، فقال كعب : يا أمير المؤمنين إنها تشكو إليك زوجها ، فقال عمر - رضي الله عنه -: وكيف ذلك؟ فقال كعب : إنه إذا صام النهار وقام الليل فكيف يتفرغ لها ؟! فقال عمر - رضي الله عنه - لكعب : احكم بينهما. فقال : أراها إحدي نسائه الأربع، يفطر لها يوما ويصوم ثلاثة أيام، فاستحسن ذلك منه عمر، وولاه قضاء البصرة. ذكر محمد هذا في كتاب النكاح، ولم يذكر أنه يأخذ بهذا القول ، وذكر الجصاص : أن هذا ليس مذهب الحنفية؛ لأن المزاحمة في القسم إنما تحصل بمشاركات الزوجات، فإذا لم يكن له زوجة غيرها لم تتحقق المشاركة، فلا يقسم لها ، وإنما يقال له : لا تداوم علي الصوم ، ووف المرأة حقها ، كذا قاله الجصاص [1] .

والحاصل : أن المذهب الحنفي ينظر إلي إخلال الرجل بحق المرأة في القسم علي أنه ضرر معتبر بها ، وأنه يجب منع الرجل من ذلك ، وأنه كما

(١) - انظر: بدائع الصنائع (٢/٣٣٣) . وقال في الهندية: كذا في فتاوي قاضيخان ، وهو الصحيح - يعني هذا الذي قاله الجصاص - هكذا في البحر الرائق. انظر: الهندية (١/٣٤١) .

– في رواية الحسن عن أبي حنيفة – يقضي عليه بأنْ يؤديه إلي المرأة، فإنْ أمره القاضي بالتسوية فخان ولم يسو، فرفعته إلي القاضي ثانية، أوجعه القاضي عقوبةً .

قال في الهندية : «ولو أمره القاضي بالقسم والتسوية فخان ، فرفعته إلي القاضي أوجعه القاضي عقوبة لارتكابه المحظور، ويأمره بالعدل»[1] .

أما المالكية فمذهبهم : أنه يجب القسم بين الزوجات ، وهو : العدل والتسوية بينهن في البيتوتة .

فمن كان له أكثر من واحدة وجب عليه العدل بينهن، فيجعل لكل واحدة يوما وليلة، وتستوي المريضة والحائض، والنفساء والمحرمة ، والكتابية مع غيرها ؛ لقصد الانس ، وكذلك تستوي الحرة والأمة علي المشهور[2] . وقيل للحرة ثلثان وللأمة ثلث[3] . ولا يدخل في يوم واحدة علي الأخري إلا زائرا أو لحاجة، لا لميل ولا ضرر ، ولا جناح عليه إن نشط للجماع في يومٍ واحدةٍ دون الأخري إلا إن فعله لضرر : كأن يكف عنه بعد ميله له لتتوفر لذته لأخري، فلا يحل له، ويجب عليه ترك الكف[4] .

ومن كانت له زوجة واحدة فشكتْ أنه يُعَطلها فإنَّه يُقْضَي لها –

---

(١)– الفتاوي الهندية (٣٤١/١) ، وانظر : الفتاوي الخانية بالهامش (٤٣٩/١، ٤٤٠).

(٢)– نص عليه خليل في مختصره . قال : «والأمة كالحرة».

(٣) – روي أبو زيد عن عبد الملك أن مالكاً رجع إلي قول سعيد بن المسيب في القسم بين الأمة والحرة فقال : للحرة الثلثان، وللأمة الثلث. انظر : الكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٢٥٧).

(٤) – انظر: القوانين (١٨٤) ، والكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٢٥٦، ٢٥٧) ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٣٩/٢، ٣٤٠)، والشرح الصغير (٤٣٦/١، ٤٣٧)، وأسهل المدارك للكشناوي(١٢٥/٢).

علي الراجح في المذهب - في كل أربع ليال بليلة [1] .

ومعني هذا : أن الفقه المالكي ينظر إلي إخلال الرجل بحق المرأة في القسم علي أنه ضرر معتبر يقضي بمنعه، وبوجوب الكف عنه .

ومذهب الشافعية : أن من له زوجة واحدة ينبغي أن لا يعطلها ، فيستحب أن يبيت عندها ويحصنها ، وأدني الدرجات أن لا يخلي أربع ليال عن ليلة، ولا يجب عليه المبيت بحال ؛ لأنه حقه فله تركه .

فإذا كان تحته زوجتان فأكثر ، فالإعراض عن جملتهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة، وحكي القاضي أبو حامد وجهاً : أنه يلزمه القسم بينهن ، ويحرم إعراضه عنهن، ويمكن أنْ يجيء مثله في الواحدة .

لكن لو بات عند بعضهن ، لزمه مثله للباقيات ، وإذا سوّي بينهن في الظاهر لم يؤاخذ بزيادة ميل قلبه إلي بعضهن ، ولو قسم بينهن مدّةً وسوّي ثم أعرض عنهن جاز كالابتداء [2] .

ومعني هذا : أنه علي الوجه المحكي عن القاضي أبي حامد في لزوم القسم بين الزوجات - والذي يمكن أن يجيء مثله في الواحدة كما قال النووي - يكون المبيت حقاً للمرأة، وبناء عليه فإنه يعتبر إخلال الرجل به ضررا يستوجب المنع والكف .

أما علي المذهب فإنه لا يعتبر الإخلال بالمبيت ضررا فيما لو كانت هذه الزوجة واحدة؛ لأن هذا المبيت حقه لا حق المرأة، وكذلك الشأن فيما لو كان تحته زوجتان فأكثر ما دام الإعراض عن المبيت واقعا عليهن بالجملة،

---

(١) - انظر: أسهل المدارك للكشناوي (١٢٨/٢). وهذا بناء علي أنَّ الصحيح في المذهب أنَّ المرأة إذا شكت قله الوطء يقضي لها بليلة كل أربع ليال.

(٢) - انظر: الروضة (٣٤٥/٧)، والمهذب (٨٦/٢).

لا أنه إعراض عن واحدة دون الأخريات ؛ ذلك أنه لو بات عند بعضهن لزمه مثله للباقيات .

ومذهب الحنابلة : أنه يجب قسم الابتداء ، ومعناه : أنه إذا كان له امرأة – أي واحدة – لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال مالم يكن عذر ، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع .

وقال القاضي في «المجرد» : لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مُضِرا ، فإن تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء؛ لأن أحمد قال : إذا وصل الرجل إلي امرأته مرة بطل أن يكون عنينا، أي : لا يؤجل(١) .

وقد رجح ابن قدامة في « مغنيه » وجوب قسم الابتداء هذا ، قال : «ولنا قول النبي – ﷺ – لعبد الله بن عمرو بن العاص : **« يا عبد الله ، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ »** . قلت : بلي يا رسول الله . قال : **« فلا تفعل ، صم ، وأفطر ، وقم ، ونم ، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا ، وإن لزوجك عليك حقا »** (٢) فأخبر أن للمرأة عليه حقا، وقد اشتهرت قصة كعب بن سور رواها عمر بن شيبة في كتاب قضاة البصرة – تقدّم ذكرها – ..، وهذه قضية انتشرت ، فكانت إجماعا

---

(١)– انظر: المغني لابن قدامة (٧/٣٠٢، ٣٠٣). ط : القاهرة.

(٢)– أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (٩/٢١٠) كتاب النكاح، باب : «لزوجك عليك حق» . قال ابن بطال : لما ذكر في الباب قبله حق الزوج علي الزوجة ذكر في هذا عكسه، وأنه لاينبغي له أن يجهد بنفسه في العبادة حتي يضعف عن القيام بحقها من جماع واكتساب ، واختلف العلماء فيمن كف عن جماع زوجته، فقال مالك : إن كان بغير ضرورة ألزم به أو يفرق بينهما، ونحوه عن أحمد، والمشهور عند الشافعية: أنه لا يجب عليه، وقيل : يجب مرة، وعن بعض السلف : في كل أربعة ليلة ، وعن بعضهم في كل طهر مرة. فتح الباري (٩/ ٢١٠) ، وسيأتي تفصيل القول في ذلك فيما بعد .

ولأنه لو لم يكن حقا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجَّبِّ والعُنَّة، وامتناعه بالإيلاء؛ ولأنه لو لم يكن حقاً للمرأة لملك تخصيص إحدي زوجتيه به كالزيادة في النفقة علي قدر الواجب» (١) .

وعلي هذا: فإنه يكون حق المرأة – في المذهب – ليلة من كل أربع ، وللأمة ليلة من كل سبع ؛ لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ، ولها السابعة ، قال ابن قدامة : «والذي يقوي عندي أن لها – يعني الأمة – ليلة كل ثمان ، لتكون علي النصف مما للحرة، فإنَّ حق الحرة من كل ثمان ليلتان» (٢) .

والحاصل : أنه يُعْتَبرُ في الفقه الحنبلي إخلال الرجل بحق المرأة في القسم ضررا ممنوعا منه ، يقضي برفعه ، وقضاء ما فات منه للمظلومة .

جاء في «كشاف القناع» : أنه يطوف الولي بمجنون مأمون – له زوجتان فأكثر – علي زوجاته قسْما لهن ؛ لحصول الأنس به، فإنْ لم يعدل الولي في القَسْم ثم أفاق الزوج من جنونه ، قضي للمظلومة ما فاتها استدراكا للظلامة (٣) .

ومذهب الزيدية : أن القسمة غير واجبة، بل له الانفراد عنهن ؛ وعللوا ذلك بأن الاستمتاع حق له لا يلزمه استيفاؤه ، فإنْ أراده من البعض جاز ، لكن إن قسم وجب التسوية (٤) .

وهكذا فإنه يظهر لنا من جملة ما ذكر من مذاهب العلماء في

---

(١)– المغني لابن قدامة (٢٠٣/٧) . ط : القاهرة .

(٢)– المصدر السابق .

(٣)– كشاف القناع (٢٠٠/٥) .

(٤) – انظر : البحر الزّخّار (٩٠/٤، ٩١) .

القسم : أن أكثر الفقهاء علي أنَّ القسم حق للمرأة علي الرجل، وأنَّ إخلال الرجل به يكون ضررا معتبرا بالمرأة؛ إذْ إنه يفوت عليها حقها في الأنس بزوجها ، والسُّكن والإيواء إليه ، فَيمنع منه ، ولها أن ترفع الأمر إلي القضاء، فيأمره القاضي بالقسم والتسوية ، فإنْ خان ، فرفعته إلي القاضي ثانية، أوجعه القاضي عقوبة لارتكابه المحظور من الإضرار بالمرأة ، ويأمره القاضي بالعدل .

وأيضا فإنه من الضرر الذي تراعيه الشريعة فتمنع منه في هذا المطلب : إخلال الرجل بحق المرأة في أن يكون لها ولد منه بأن يعزل عنها بغير رضاها .

وتفصيل القول في ذلك علي هذا النحو :

الفرع الخامس: إخلال الرجل بحق المرأة في الولد بأنْ يعزل عنها بغير رضاها

وفي هذا يقول الحنفية : إنه يكره – أي كراهة تحريم – للزوج أن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها . وتعليلهم لذلك : « أن الوطء عن إنزال سبب لحصول الولد، ولها في الولد حق، وبالعزل يفوت الولد، فكأنه سبب لفوات حقها »[1] ، وهذا بخلاف ما لو كان العزل برضاها ، فإنه لا يكره؛ لأنها رضيت بفوات حقها .

وجاء في حاشية ابن عابدين : أنه لا يباح للرجل أن يعزل عن امرأته الحرة إلا بإذنها، وأن هذا هو منقول المذهب، لكنْ مشايخ المذهب قيَّدوا هذا بما إذا لم يخف علي الولد السوء لفساد الزمان، وإلاَّ فيجوز بلا إذنها ؛ وهذا لتغير بعض الأحكام بتغير الزمان، وقد أقرَّه ابن الهمام في الفتح ،

(١) – بدائع الصنائع (٢/٣٣٤).

وقال : فليعتبر مثله ، فيحتمل أنْ يريد بالمثل : ذلك العذر ، ويحتمل أنه أراد إلحاق مثل هذا العذر به : كأن يكون في سفر بعيد ، أو في دار حرب فيخاف علي الولد، أو كانت الزوجة سيئة الخلق ويريد فراقها فخاف أنْ تحبل [1] .

وعلي هذا فإنه يظهر أن الفقه الحنفي يعتبر عزل الرجل عن زوجه الحرة بغير رضاها ضررا بها؛ لتفويته حقها في الولد، فيمنع منه .

لكن إنْ خيف علي الولد السوء لفساد الزمان (وهذا ضرر أكبر) فإنه لا يمنع الرجل من العزل علي أن العزل ضرر بالمرأة؛ لأنه إذا تعارض ضرران ولم يمكن دفعهما ، فإنه يدفع الضرر الأكبر بتحمل ما دونه من الضرر الأخف .

وكذلك يقول المالكية ، فالمذهب :أنه لا يجوز للرجل أن يعزل عن امرأته الحرة إلابإذنها [2] .

ذلك أنَّ في العزل إدخال ضرر علي المرأة لما فيه من تفويت لذتها، وتفويت حقها في الولد .

أما الشافعية فمذهبهم : أن عزل الرجل عن امرأته الحرة إن كان بإذنها جاز لأن الحق لها ، فإن لم تأذن ففيه وجهان :

أحدهما : لا يحرم ؛ لأن حقها في الاستمتاع دون الإنزال .

والثاني : يحرم لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه [3] .

---

(١) – انظر : حاشية رد المحتار لابن عابدين علي الدر المختار(٣/١٨٥).

(٢) – انظر: الكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٢٥٧) ، القوانين الفقهية (١٨٣) ، وأسهل المدارك للكشناوي(٢/١٢٩).

(٣) – انظر: المهذب (٢/٨٥).

وأما الحنابلة فيرون : أنه لا يعزل الرجل عن زوجته الحرة إلابإذنها . قال القاضي : « ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ، ويحتمل أن يكون مستحبا؛ لأن حقها في الوطء دون الإنزال »[1] .

لكن ابن قدامة تعقّب ذلك مرجحا وجوب استئذان الزوجة في العزل لا الاستحباب، فقال : « والأول أولي- أي : الوجوب - لما روي عن عمر - رضي الله عنه - قال : « نهي رسول الله - ﷺ - أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها »[2] ؛ ولأن لها في الولد حقا ، وعليها في العزل ضررا، فلم يجز إلا بإذنها » [3]

فهذا التعليل من ابن قدامة - رحمه الله تعالي - ظاهر في الدلالة علي اعتبار الفقه الحنبلي العزل بغير رضا الزوجة ضررا يستوجب المنع؛ لتفويته حقها في الولد، وتفويته لذتها .

وكذلك قال الزيدية، فالمذهب : أنه يحرم العزل من الزوجة الحرة إلا برضاها ، وقد بيّنوا علة ذلك فقالوا : « لنهيه- ﷺ - عنه إلا بإذنها ؛ وإذ فيه إضرار فاعتبر الرضا »[4] .

والمعني : أنه لما كان العزل يدخل بسببه الضرر علي المرأة؛ لتفويته حقها في اللذة والولد ، فإنه يحرم إلا أن تأذن فيه وترضي عنه .

وهذا يؤكد من صواب وجهة البحث في أنّ العزل من غير رضا الزوجة ينظر إليه الفقه الإسلامي- في أكثر مذاهبه - علي أنه ضرر معتبر

---

(١) المغني لابن قدامة (٢٩٨/٧) . ط : القاهرة.

(٢) - أخرجه ابن ماجة في سننه : السنن (١/ ٦٢٠) كتاب النكاح، باب : «العزل» من حديث محرَّز بن ابي هريرة عن أبيه، قال في الزوائد: في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف.

(٣)- المغني لابن قدامة (٢٩٨/٧) . ط : القاهرة، وانظر في مثل ذلك : كشاف القناع (١٨٩/٥).

(٤) - البحر الزّخّار (٨١/٤).

بالمرأة؛ لتفويته حقها في اللذة والولد، فيمنع منه .

وأيضا فإنه من الضرر المعتبر الذي تراعيه الشريعة فتمنع منه في هذا المطلب : إخلال الرجل بحق زوجه في الإنفاق عليها بالمعروف .

الفرع السادس : إخلال الزوج بحق زوجه في الإنفاق عليها بالمعروف بأن يمتنع عن ذلك مع أنه قادر عليه

اتفق الفقهاء [1] علي وجوب النفقة للزوجة - مسلمة كانت أو كتابية - بنكاح صحيح، وهذا الوجوب ثابت بالقرآن، والسنة، والإجماع، والمعقول .

أما القرآن : فقول الله - تعالي - ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[2] .

فهذه الآية أصل في وجوب نفقة الزوجات علي الأزواج كما جاء في «مغني المحتاج» [3] ، وكذلك قوله - تعالي- : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾[4] ، وقوله - تعالي - : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا ﴾[5] ، فهذان أمران : بالإسكان ، والإنفاق يدلان علي الوجوب ، والأمر بالإسكان متضمن للأمر بالإنفاق ؛ لأن المرأة لا تصل إلي النفقة إلا بالخروج والاكتساب .

---

(١) - انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٥) ، والقوانين الفقهية (١٩١) ، والخرشي (٤/١٨٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٢٦)، والمغني لابن قدامة (٨/١٩٥).

(٢) - آية (٢٣٣) سورة البقره.

(٣) - مغني المحتاج (٣/٤٢٦).

(٤) - آية (٦) سورة الطلاق.

(٥)- آية (٧) سورة الطلاق.

وأما السنة : فقوله -ﷺ- في حديث حجة الوداع عن جابر : « **فاتقوا الله في النساء ، فإنكم أخذتموهن بأمان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ....، ولهن علكيم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**»(١) وقوله -ﷺ- لما سأله الرجل ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ -:" « أن تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت (أو اكتسبت) »(٢) .

قال الخطابي : في هذا إيجاب النفقة والكسوة لها، وليس في ذلك حد معلوم ، وإنما هو علي المعروف، وعلي قدر وسع الزوج وجدته، وإذا جعله النبي -ﷺ- حقا لها فهو لازم للزوج حضر أو غاب ، وإن لم يجده في وقته كان دينا عليه إلي أن يؤديه إليها كسائر الحقوق الواجبة، وسواء فرض القاضي عليه أيام غيبته أو لم يفرض(٣) .

وقال -ﷺ- : « **ألا إنَّ لكم علي نسائكم حقا ، ولنسائكم عليكم حقا ، فأما حقكم علي نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ، ولا يأذنَّ في بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن**»(٤) .

وجاءت هند زوج أبي سفيان إلي رسول الله -ﷺ- فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني مايكفيني وولدي ،

---

(١)- أخرجه مسلم : مسلم بشرح النووي (٣/ ٢٤٤، ٢٤٥) كتاب الحج، باب: «حجة النبي - ﷺ -».

(٢) - أخرجه أبو وداود : مختصر السنن مع المعالم (٣/ ٦٧، ٧٨) كتاب النكاح، باب : في حق المرأة علي زورجها ».

(٣) - معالم السنن للخطابي مع مختصر المنذري (٣/ ٦٧، ٦٨).

(٤) - أخرجه الترمذي : السنن مع التحفة (٤/ ٣٢٦) كتاب النكاح ، باب : « ما جاء في حق المرأة علي زوجها ».

فقال : « **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** » [1] ، فهذا يدل علي وجوب نفقة الزوجية، وأنها مقدَّرة بكفايتها ، وأن نفقة ولده عليه دونها ، وهي مقدرة بكفايتهم ، وأن النفقة بالمعروف ، وأن لها أن تأخذ نفقتها بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياها .

وأما الإجماع : فاتفق العلماء علي وجوب نفقات الزوجات علي أزواجهن إذاكانوا بالغين ، إلا الناشز منهن[2] ، ولا نفقة عند الحنفية للصغيرة التي لا يستمتع بها ؛ لأنَّ امتناع الاستمتاع لمعني فيها [3] .

وأما المعقول : فهو أن المرأة محبوسة علي الزوج بمقتضي عقد الزواج ، ممنوعة من التصرف والاكتساب لتفرُّغها لحقه، فكان عليه أن ينفق عليها ، وعليه كفايتها ؛ لأن الغرم بالغنم والخراج بالضمان ، فالنفقة جزاء الاحتباس ، فمن احتبس لمنفعة غيره وجبت نفقته في مال هذا الغير[4] .

فإذا أخلَّ الزوج بحق المرأة في الإنفاق عليها بالمعروف بأنْ امتنع عن هذا الإنفاق – مع أنه قادر عليه – فإنه ينظر إلي هذا الإخلال علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه ، وذلك علي هذا النحو .

أولاً : فيما لو كان له مال ظاهر وهو مع ذلك يمتنع عن هذا الإنفاق .

إذا كان الزوج قادرا علي الإنفاق علي زوجه وله مال ظاهر ، ولكنه مع ذلك يمتنع عن إعطائها النفقة، فإنه يكون مضارا بها ، ويكون لها أن تأخذ من ماله مقدار كفايتها سواء كان ترك الإنفاق كليا : بأن لم يعطها

---

(١) – أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (٤١٨/٩) كتاب النفقات، باب:«إذا لم ينفق الرجل ، فللمرأة أن تأخذ بغيرعلمه ما يكفيها وولدها بالمعروف» .

(٢) – انظر: المغني (١٩٥/٨) . ط : القاهرة . قال ابن قدامة : « ذكره ابن المنذر وغيره».

(٣) – انظر: بدائع الصنائع (١٩/٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٦/٤).

شيئا من نفقتها، أو جزئياً : بأن كان يدفع إليها أقل من كفايتها ، فلها - حينئذ- أن تأخذ من ماله مقدار الواجب، أو تمامه بإذنه ، أو بغير إذنه، ولا خيار لها في طلب التفريق.

يدل علي ذلك ما روي عن عائشة -رضي الله عنها- أن هندا بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه، وهو لايعلم ، فقال : **«خذي مايكفيك وولدك بالمعروف»** [1].

فرخَّص لها النبي - ﷺ - في أخذ كفايتها وولدها بغيرعلمه ؛ لأن النفقة لاغني عنها، ولا قوام للبدن إلاّ بها ، فإذا لم يقدم الزوج علي إعطاء النفقة لزوجته مع قدرته ، ولم تأخذها هي أدَّي ذلك إلي ضياعها وهلاكها، ولا حاجة لها - حينئذ - في الرجوع إلي القاضي، لأن النفقة تتجدَّد بتجدد الزمان شيئا فشيئا، فتشق المرافعة إلي الحاكم في كل الأوقات، وقد أمر النبي- ﷺ - هندا بالأخذ من مال زوجها لعلمه بسعة حاله، ولم يجعل لها الفسخ.

فإن لم تقدر الزوجة علي الأخذ من ماله كان لها مرافعته إلي الحاكم، وعلي الحاكم أن يأمره بالإنفاق ، فإنْ أبي حبسه الحاكم، فإنْ صبر علي الحبس، أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عروضا او عقارا، باعها عليه.

وإلي هذا ذهب الحنفية،والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وأبو ثور ، إلا أن أبا حنيفة - رحمه الله - اشترط في هذه الحالة أن يكون

---

(١)- تقدم تخريجه.

ماله الظاهر من جنس النفقة الواجبة بأن كان دراهم، أو دنانير ، أو طعاما ، أو ثيابا من جنس كسوتها ؛ لأنه لا يباع عليه ماله سواء أكان حاضرا أم غائبا ، بل يأمره القاضي أن يبيع هو ويقضي ، فإن لم يفعل حبسه أبدا حتي يبيع ؛ لأن البيع عليه حجر عليه ، ولا يحجر علي البالغ العاقل، وذهب أبو يوسف ، ومحمد - رحمهما الله تعالي- إلي القول ببيع أموال الحاضر إذا امتنع ؛ لأنه يعرف امتناعه، وهذا بخلاف الغائب لأنه لا يعرف امتناعه .

وفي هذا يقول الحنفية : «ولو امتنع عن الإنفاق مع اليسر لم يفرق بينهما، ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها، فإنْ لم يجد ماله يحبسه حتي ينفق عليها ، ولا يفسخ» [1] .

هذا فيما لوكان الزوج حاضرا .

أما الغائب فإنْ كان ماله عقارا لم يفرض القاضي النفقة فيه، « لأنه لا يمكن إيجاب النفقة فيه إلا بالبيع، ولا يباع العقار علي الغائب بالاتفاق» [2] .

فإن كان المال منقولا من العروض فقد ذكر القاضي في « شرحه مختصر الطحاوي » الخلاف فيه ، فقال : « لا يبيع - يعني القاضي - العروض عليه في قول أبي حنيفة، وعندهما (أبو يوسف، ومحمد) له أن يبيعها عليه، وهي مسالة الحجر علي الحر العاقل البالغ»[3] . وذكر القدوري المسألة علي الاتفاق ، فقال القاضي : إنما يبيع -علي أصلهما -

---

(١) - فتح القدير للكمال بن الهمام (٣٩٠/٤) .

(٢) - بدائع الصنائع (٢٧/٤) .

(٣) - المصدر السابق .

علي الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه ظالما في الامتناع دفعا لظلمه، والغائب لا يعلم امتناعه فلا يباع عليه[1] .

وقال المالكية : وحاصل فقه المسألة أنَّ الزوج إذا امتنع من النفقة وطولب بها ، فإما أن يدعي الملاء ويمتنع من الإنفاق ، وإما أن لا يجيب بشيء ، وإما أن يدعي العجز، فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالا ، وإن قال : أنا موسر ، ولكن لا أنفق، فقيل : يعجل عليه الطلاق، وقيل : يحبس ، وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه ، وهذاكله إذا لم يكن له مال ظاهر، وإلا – يعني إن كان له مال ظاهر – أخذ منه [2] .

وقال الشافعية : و الأصح انه لا فسخ للزوجة بمنع – أي امتناع – موسر من الإنفاق بأن لم يوفها حقها منه، سواء أحضر زوجها أم غاب عنها ، وتعليل ذلك عندهم « لتمكنها من تحصيل حقها بالحاكم، أو بيدها إن قدرت عليه » [3] ، فلا حاجة – حينئذٍ – إلي الفسخ.

وقال الحنابلة : إن امتنع عن الإنفاق مع يساره، فإن قدرت له علي مال أخذت منه قدر حاجتها، ولاخيار لها ؛ لأن النبي –ﷺ – أمر هندا بالأخذ ، ولم يجعل لها الفسخ ، وإن لم تقدر رفعته إلي الحاكم، فيأمره بالإنفاق ويجبره عليه، فإن أبي حبسه، فإن صبر علي الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عروضا أو عقاراً باعها عليه في ذلك [4] .

---

(١) – المصدر السابق.

(٢) – انظر: حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير(٢/٥١٨).

(٣) – مغني المحتاج ((٣/٤٤٢)، وانظر: الروضة للنووي (٩/٧٢) ، والمهذب (٢/٢٠٩) .

(٤)– انظر: المغني (٨/٢٠٥) . ط : القاهرة . قال ابن قدامة : وبهذا قال مالك ، والشافعي، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور. وانظر : كشاف القناع (٥/٤٧٩) .

وقال ابن حزم الظاهري: «ومَنْ منع النفقة والكسوة – وهو قادر عليها – فسواء كان غائبا أو حاضرا هو دَيْنٌ في ذمته يوخذ منه أبدا، ويقضي لها به في حياته، وبعد موته، ومن رأس ماله يضرب مع الغرماء»[1]. وعلل ذلك فقال: «لأنه حق لها، فهو دين قبله»[2].

والحاصل من جملة ما تقدم: أن مذاهب الفقه الإسلامي التي ذكرت تنظر إلي إخلال الرجل بحق المرأة في الإنفاق عليها بالمعروف مع أنه قادر وله مال ظاهر – علي أنه ضرر معتبر، فتمنع منه، وتقضي برفعه، وذلك إمَّا بأنْ تأخذ المرأة قدر كفايتها، أو تمامها من ماله بغير إذنه إن قدرت علي ذلك، وإما بأن ترفع الأمر إلي القاضي فيأمره بالإنفاق ويجبره عليه، فإن أبي حبسه، فإن صبر علي الحبس أخذ القاضي من ماله قدر النفقة الواجبة للزوجة فدفعه إليها، فإن لم يجد إلاعروضا أو عقارا باعها عليه في ذلك.

ثانيًا: فيما لو لم يكن له مال ظاهر، لكنه لم يدَّعِ الإعسار، ولم يثبت بالبينة.

اختلف الفقهاء في حال ما إذاكان الزوج ممتنعاً عن الإنفاق ولم يَدَّعِ الإعسار، ولم يثبت ببينة، وذلك علي هذا النحو:

قال الشافعية: لا يثبت لها الفسخ؛ لأن الفسخ يثبت بالعيب بالإعسار، ولم يثبت الإعسار[3]؛ ولأنَّ مظنة الرجوع عن غيه ثابتة، ولأنه بالتحري والبحث يمكن معرفة ماله وتنفيذ حكم النفقة فيه؛ ولأن إكراهه علي الإنفاق يدفع السبب الموجب للفسخ.

---

(١)- المحلي (١٠/٩١).

(٢)- المصدر السابق.

(٣)- انظر: المهذب (٢/٢٠٩).

جاء في المنهاج : « لا فسخ بمنع موسر حضر ، أو غاب » . **قال في** شرح المنهاج (تنبيه) قول المصنف : موسر ليس بقيد ، فإنه لو غاب وجهل حاله في اليسار والإعسار ، فلا فسخ ؛ لأن السبب لم يتحقق[1] .

وجاء في شرح جلال الدين المحلي : « والأصح أنه لا فسخ لها بمنع موسر ، حضر ، أوْ غاب : بأن لم يوفها حقها ؛ لانتفاء الإعسار المثبت للفسخ ، وهي متمكنة من تحصيل حقها بالحاكم ، والثاني : لها الفسخ بتضررها بالمنع » [2] .

وقال المالكية والحنابلة : يُفرَّقُ بين الزوج الممتنع عن الإنفاق وزوجته إن طلبت التفريق، ولم يكن له مال ظاهر ؛ لعدم الإنفاق عليها كحال الإعسار ؛ ولأنه ظالم بالامتناع ، وكان حقا عليه أن يطلق ، فلما لم يطلق طلق القاضي عنه .

جاء في حاشية الدسوقي : « وحاصل فقه المسألة : أن الزوج إذا امتنع – أي : عن النفقة – وطولب بها، فإما أن يدعي الملاء ويمتنع من الإنفاق، وإما أن لايجيب بشيء ، وإما أن يدعي العجز، فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالا » [3] .

وجاء في شرح البهوتي علي منتهي الإرادات أنه « إن لم تقدر زوجة موسر – منعها ما وجب لها من نفقه ، أو كسوة، أو بعضها ،– علي الأخذ من ماله، فلها رفعه إلي الحاكم ، فيأمره بدفعه لها، فإن امتنع أجبره

---

(١)- انظر المنهاج للنووي مع مغني المحتاج للشربيني الخطيب (٤٤٢/٣).

(٢)- شرح المنهاج للمحلي مع حاشيتي : قليوبي ، وعميرة (٤/ ٨١) .

(٣)-حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (٥١٨/٢).

الحاكم عليه ، فإن أبي الدفع حبسه أوْ دفعها – أي النفقة للزوجة – منه . أي : من ماله يوما بيوم ، فإن غيَّب ماله وصبر علي الحبس، فلها الفسخ لتعذر النفقة عليها من جهته كالمعسر» (١) .

ومجموع هذا الذي ذكر يدل علي أنَّ الفقه الإسلامي يعتبر مثل هذا الإخلال بالنفقة ممن هذه حاله ضررا بالمرأة فيمنع منه ، لكنْ الخلاف بين الفقهاء في طريقة رفع هذا الضرر، فالمالكية ، والحنابلة يذهبون إلي رفع هذا الضرر بالحكم بفسخ النكاح والتفريق بين الممتنع وزوجه كما في المعسر ، والشافعية –في الأصح عندهم– يرون أنه مالم يثبت الإعسار فلا يسار إلي الفسخ ، بل يُتَحرَّي عنه لمعرفة ماله ويجبر علي النفقة إن وجد له مال ، فإن لم يوجد له مال وثبت الإعسار حكم القاضي بالفسخ.

وبهذا الفرع يكون البحث قد أشار إلي جملة من أنواع الضرر في العلاقات الزوجية، وحقيقة مراعاة الشريعة لذلك وطرق رفعها للأضرار، وننتقل الآن إلي حيث المطلب الثاني من هذا المبحث : مطلب الضرر في العلاقات بين الآباء والأبناء ، لنطالع جملة من أنواع الضرر في هذه العلاقات ، ولنتعرف علي حقيقة مراعاة الشريعة لذلك ، وكيفية رفعها لهذه الأضرار.

(١)– شرح منتهي الإرادات للبهوتي (٣/٢٥٣) .

المطلب الثاني : الضرر في العلاقات بين الآباء والأبناء

يرجع وقوع الضرر في العلاقات بين الآباء والأبناء إلي إخلال كل منهما بما أوجبته عليه الشريعة من الحقوق التي يلزمه القيامُ بها للآخر.

ومعني هذا أنَّ البحث سوف يشير إلي جملة من هذه الحقوق التي تجب لكل علي الآخر مبينا ما يترتب علي الإخلال بها من وقوع أنواع الضرر ، ومدي اعتبار الشريعة لهذا الضرر الواقع ، وذلك وفق ما يلي :

الفرع الأول :حق الولد في الرضاع ، وما ينبني علي الإخلال بهذا الحق من الضرر

اتفق جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية ، والحنابلة، الثوري)[(١)] علي أنَّ رضاع الولد حق له علي أبيه وحده ، وأنه ليس للأب أنْ يجبر أمه علي رضاعه دنيئة كانت أو شريفة، سوا، كانت في حبال الزوج، أو مطلقة . قال ابن قدامة : « ولا نعلم في إجبارها – أي الأم– علي ذلك إذا كانت مفارقة – أي مطلقة – خلافا ، فأمَّا إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا ، وبه يقول : الثوري ، والشافعي، وأصحاب الرأي »[(٢)] .

وقال ابن أبي ليلي ، والحسن بن صالح : له إجبارها علي رضاعه ، وهو قول أبي ثور، ورواية عن مالك[(٣)] ؛ لقول الله – تعالي –:

---

(١) – انظر: حاشية رد المحتار علي الدر المختار (٦٤٩/٣)، والفتاوي الخانية (٦٤٥/١) ، والفتاوي الهندية (٥٦٠/١) ، ومغني المحتاج (٤٤٩/٣) ، وشرح المحلي علي المنهاج (٨٦/٤)، والروضة (٨٨/٩) ، والمغني لابن قدامة (٨/ ٢٥٠) . ط: القاهرة، وكشاف القناع (٤٨٧/٥).

(٢)– والمغني لابن قدامة (٨/ ٢٥٠) . ط : القاهرة.

(٣) – انظر: المغني (٨/ ٢٥٠) . ط : القاهرة ، والشرح الصغير (٥٢٧/١)، والشرح الكبير (٥٢٥/٢) ، والخرشي(٢٠٦/٤).

﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾(١)، والمشهور عن مالك : أنها إنْ كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه ، وإنْ كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه .

وعلي هذا فإنه لا يكون للزوج – علي مذهب الجمهور – ولاية علي زوجه في وجوب الإرضاع ، فلها حق القبول والامتناع، لكنْ ذلك في حدود ما قامتْ عليه الشريعة ودلَّت عليه نصوص السُّنة من أنه « **لا ضرر ولا ضرار** »(٢) ، وقوله – تعالي - : ﴿ **لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ** ﴾ (٣) .

وذلك يعني أنه توجد حالات اضطرارية لا يكون للأم فيها حقُّ القبول أو الامتناع، ولا يكون للأب فيها حقُّ العرض والتخيير علي الأم، وإنما تكون مصلحة الرضيع والحفاظ علي حقه في الحياة هي الأساس الذي يوجب إجبار الأم علي الرضاعة للصغير، فتجبرعليها قضاءً ، وذلك بحيث لو أخلَّت :كأن تمتنع عن الرضاع في هذه الحال ، فإنَّها تضمن ما تولَّد عن ذلك من ضرر ؛ لأن الامتناع عن فعل الواجب يقتضي وجوب ضمان ما تولد عنه (٤) .

ونستطيع أنْ نجمل تلك الحالات التي يلزم الأم أن ترضع فيها الولد فيما يأتي (٥) :

---

(١) – آية (٢٣٣) سورة البقرة. (٢)– تقدم تخريجه.

(٣) – آية (٢٣٣) سورة البقرة .

(٤) – هكذا يري بعض الباحثين المعاصرين ، وذلك تخريجا علي مسألة الحائط المائل إذا طولب صاحبه بنقضه فلم ينقضه حتي سقط ، فإنه يضمن ما تلف به من نفس ومال، وسيأتي تفصيل القول في مسألة الحائط المائل فيما بعد.

(٥) – انظر في ذلك : الفتاوي الخانية بهامش الهندية (١/٤٤٥، ٤٤٦) ، والفتاوي الهندية (١/٥٦٠)، وحاشية ابن عابدين (٣/٦٤٩، ٦٥٠) ،والشرح الصغير للدردير (١/٥٢٧)، والشرح الكبير=

١ – إذا كان الاب فقيراً ليس يملك ما يستاجر به من ترضع الولد، ولا مال للولد ، فإنه عند ذلك تجبر الأم علي الإرضاع لأجل حفظ حياة ولدها.

٢ – إذا وجد مال عند الأب أو الولد، لكنه لم يوجد من ترضع ، فيلزم الأم إرضاعه إحياء لنفسه وصيانة له من الضياع والهلاك.

٣ – إذا وجد المال ووجد من يرضع، ولكن لا يقبل الطفل ثديا غير ثدي أمه، فإن الأم يلزمها إرضاعه محافظة علي حياته .

وهكذا فإنه يظهر لنا أنَّ الفقه الإسلامي ينظر إلي إخلال الأم بالرضاع في هذه الحالات علي أنه ضرر معتبر ، فيمنع منه، ويقضي بإجبارها علي الرضاع رفعا لهذا الضرر، وبضمان ماتولد عن ذلك.

ومثل هذا يكون فيما لو أخلَّ الأب بهذا الحق للصغير، وذلك عندما يكون حق الصغير في الرضاع واجبا علي الأب وحده كما هو الشأن عند الجمهور في غير الحالات السابقة، فإنَّ الفقه الإسلامي ينظر إلي هذا الإخلال علي أنه ضرر معتبر فيمنع منه، وذلك كأنْ يمنع هذا الأب الأم عن إرضاع الصغير .

وفي هذا المعني يقول ابن قدامة : « إنَّ الأمَّ إذا طَلَبَتْ إرضاعه – أي : الولد – بأجر مثلها فهي أحق به ، سواء كانت في حال الزوجية، أو

=(٢/٥٢٥)، والخرشي (٤/٢٠٦)، وشرح الجلال المحلّي علي المنهاج (٤/٨٦) . ويزيد الشافعية علي تلك الحالات : أنْ تجبر الأم علي إرضاع ولدها اللبأ – بالهمز من غير مد: اللبن أول الولادة – لأنه لا يعيش غالبا إلاَّ به، ومدته يسيرة، فلو امتنعت عن إرضاعه اللبأ فمات ، قال بعض مشايخهم : فعليها الضمان . قال المحشي:« وما نقل عن ابن أبي شريف من عدم الضمان إنما هو في المسألة الآتية – مسألة إن لم يوجد إلا هي فامتنعت – ، وقال شيخنا بعدم الضمان في هذه أيضا – يعني في الامتناع عن إرضاعه اللبأ – ويفارق مالو شمَّت رائحةً فأجهضت حيث تضمن جنينها بأن سبب الموت هنا : ترك ، وهناك : فعل لما به الرائحة، وفيه نظر ظاهر، ثم عاد ومال إلي الأول – أي إلي الضمان – فراجعه» ،

وانظر : مغني المحتاج (٣/٤٤٩، وما بعدها) ، والروضة (٩/٨٨) ، وانظر: المغني لابن قدامة (٨/٢٤٨) . ط : القاهرة ، وكشاف القناع (٥/٤٨٨) .

بعدها ، وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة ، أو لم يجد » [1] . وتعليل ذلك : « لأن الام أحني وأشفق، ولبنها أمرأ من لبن غيرها ، فكانت أحقُّ به من غيرها :كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ، ولأن في رضاع غيرها تفويتا لحق الأم من الحضانة، وإضرارا بالولد، ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب ، والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله – تعالي – علي الأب» [2] . فأما إنْ طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ، ووجد الأب مَنْ ترضعه بأجر مثلها ، أو متبرعة، جاز انتزاعه منها؛ « لأنها أسقطت حقها باشتطاطها ، وطلبها ما ليس لها ، فدخلت في عموم قوله : ﴿فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ [3] ، وإنْ لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة، فالأمُّ أحقُّ ؛ لأنهما تساوتا في الأجر، فكانت الأم أحق ، كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها »[4] .

وقال الشافعية : إنْ كانت الأم في حبال الزوج، فلزوجها منعها من إرضاعه ؛ لأنه يفوت حق الاستمتاع في بعض الأحيان، ولهم : أنَّ الأصح ليس له منعها . جاء في «المنهاج» : « فإنْ رغبت –أي : في الإرضاع – وهي منكوحة أبيه، فله منعها في الأصح . قلت – أي : النووي – الأصح ليس له منعها ، وصححه الأكثرون ، والله أعلم » [5] ، وقد بين الشافعية علة ذلك فقالوا : الأصح ليس له منعها مع وجود غيرها ، وصححه

---

(١) – المغني (٨/٢٥٠) ط : القاهرة .

(٢)– السابق :

(٣)– آية (٦) سور الطلاق .

(٤) – المغني (٨/٢٥٠) . ط : القاهرة .

(٥)– المنهاج مع مغني المحتاج (٣/٤٥٠)، ويكره للزوج منعها . انظر: المهذب (٢/٢١٥)، والروضة (٩/٨٨).

الأكثرون والله أعلم ، لأنَّ فيه - أي : في منعها من الإرضاع - إضرارا بالولد ؛ لأنها عليه أشفق، ولبنها له أصلح [1] .

فإن كانت الأمُّ مطلَّقةً وطلبتْ أَجْرَ المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلي من ترضعه بأجر المثل ، أو أكثر ، لم يكن له ذلك ؛ لما في العدول عن الأم من الإضرار بالرضيع .

وقال الحنفية : إنْ طلبت الأم أجرا علي الإرضاع لم يلزمْ الأب بذله لها ، ولايسقط حقها من الحضانة، وتأتي المرضعة ترضعه عندها ؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين ، فلم يجز الإخلال بهما [2] . وقد علَّق ابن قدامة - بحق - علي ذلك، فقال : «وقول أبي حنيفة يفضي إلي تفويت حق الولد من لبن أمه، وتفويت الأم في إرضاعه لبنها، فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه» [3] .

وعلي هذا فإنه يظهر أنه يوجد في مذاهب الفقه الإسلامي تلك الوجهة التي مؤداها : أنَّ منع الزوج زوجته من إرضاع مولودهما ضرر معتبر بالمولود يستوجب المنع وتمكين الأم من الإرضاع، وكذلك الشأن فيما لو كانت الأم مطلَّقة فانتزع منها المولود ليدفع به إلي مَنْ ترضعه بمثل أجرها ، فإنه يكون هذا الصنيع ضررا معتبرا، فيمنع منه .

ومجموع هذا الذي تقدَّم يفيد أنه يكون إخلال الأب بحق ابنه في الرضاع ضررا معتبرا يستوجب المنع ، وذلك كأن يمنع أمه من إرضاعه ، أو كأن ينتزعه منها - فيما لوكانت مطلَّقة - مع أنها ترضي أن ترضع بأجر

---

(١)- مغني المحتاج (٣/٤٥٠)، وانظر: المهذب (٢/٢١٥).

(٢)- انظر: حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٣/٦٥٠، ٦٥١).

(٣) المغني (٨ / ٢٥١) .

المثل ليدفع به إلي من ترضعه بمثل أجرها، فإنه يمنع من ذلك ، وتمكَّن الأم من الإرضاع.

كذلك فإنه من الضرر الممنوع منه في هذا المطلب : الإخلال بحق الولد في الحضانة .

وتفصيل القول في ذلك علي النحو التالي:

الفرع الثاني : حق الولد في الحضانة، وما ينبني علي الإخلال بهذا الحق من الضرر

يقرر الفقه الإسلامي أنَّ كفالة الطفل وحضانته واجبة ؛ ذلك لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك (١) .

وهذه الحضانة الواجبة هي« تربية الولد لمن له حقُّ الحضانة » -كما يقول الحنفية (٢)-، أو هي :« تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيرا مجنونا : كأنْ يتعهده بغسل جسده، وثيابه ودهنه وكحله، وربط الصغير إلي المهد وتحريكه لينام» كما يقول الجمهور (المالكية، والشافعية ، والحنابلة)(٣) .

وبناء عليه فإنه يظهر أنَّ حقَّ الحضانة يتوزَّع بين الحاضن والمحضون ، فالحاضن له حق في حفظ محضونه من الهلاك فهو ولده وفلذة كبده فتجب

---

(١) - انظر: المغني (٢٣٧/٨). ط: القاهرة .

(٢) - حاشية رد المحتار علي الدر المختار (٥٨٤/٣) .

(٣) - انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢ / ٥٢٦) ، و الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٥٢٧/١) ، والخرشي (٢٠٧/٤) ، والروضة (٩٨/٩)، وشرح الجلال المحلي (٨٨/٤) ، ومغني المحتاج (٤٥٢/٣) ، والإقناع مع تحفة الحبيب(٨٩/٤) ، وكشاف القناع (٤٦٩/٥).

له الحضانه[1] ، والمحضون له حق في حفظ نفسه من الهلاك والضياع فتجب له الحضانة علي الحاضن.

وهنا فإنه يمكن القول بأنَّ حق الحضانة من الحقوق المشتركة بين الحاضن والمحضون ، لكنْ أقوي الحقين في الحضانة للصغير[2] ، فقد جاء في حاشية رد المحتار أنَّ « أقوي الحقين في الحضانة للصغير ، ولئن أسقطت الزوجة حقها ، فلا تقدر علي إسقاط حقه أبدا »[3] ، وذلك جواب المفتي أبي السعود حين سئل في رجل طلَّق زوجة لها ولد صغير منه ، وأسقطت حقها من الحضانة، وحكم بذلك حاكم: فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟ فأجاب نعم ، لها ذلك فإنَّ أقوي الحقين في الحضانة للصغير، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدرعلي إسقاط حقه أبدا [4] . وهذا يدلنا علي أنه إذا أخلَّتْ الأم بحق الصغير في الحضانة : كأنْ تمتنع عنها ولم يوجد غيرها اعتبر هذا الإخلال إضرارا بالصغير ، فتمنع منه ، وتجبر علي الحضانة.

جاء في حاشية ابن عابدين : « أنَّ الأم إذا امتنعت – يعني عن الحضانة – ، وعرض علي مَنْ دونها من الحاضنات فامتنعت ، أجبرتْ الأم لامَنْ دونها ......، وعبارة « الجوهرة » :

(١) – يتفق معظم الفقهاء علي أن الحضانة حق للأم ولمن يليها ، وأن مؤنة الحضانة علي الأب إذا لم يكن للصغير مال ، وذلك وفق شروط مخصوصة كالبلوغ، والعقل ، والقدرة علي تربية المحضون (وهي الاستطاعة علي صون الصغير في خلقه وصحته)، والأمانة علي الأخلاق ، فلا حضانة لغير أمين علي تربية الولد وتقويم أخلاقه ، وبالجملة فإن الفسق يمنع من الحضانة، وأن لا تكون متزوجة بأجنبي ..إلخ؛ وذلك حتي لا يلحق الولد بحضانتها ضرر في دينه أو نفسه . انظر : حاشية ابن عابدين علي الدر (٥٨٤/٣، وما بعدها) ، والقوانين الفقهية (١٩٤)، والروضة للنووي (٩٨/٩، وما بعدها) ، والمغني لابن قدامة (٢٣٧/٨، ٢٣٨٢).ط ، القاهرة

(٢) قال في الدر : «ولا تقدر الأم علي إبطال حق الصغير فيهما (أي الإرضاع، والحضانة)» . الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥٨٨/٣) .

(٣) – حاشية رد المحتار (٥٨٨/٣).

(٤) – المصدر السابق.

إذا كان لا يوجد سواها تجبر علي إرضاعه صيانة له عن الإهلاك، وعليه : لا أجرة لها» (١).

والحاصل : أنه إذا تعينّت الحضانة علي الأم بأنْ لم يوجد غيرها ، أو لم يَقْبَلِ الحضانة غيرُها ، أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، فاخلّتْ بذلك اعتبر إخلالها هذا إضرارا بالصغير، فتمنع منه، وتجبر علي الحضانة .

ومثل هذا ما لو اشتغلت الحاضنة بما يلزم عنه ضياع الولد فإنه يعد ذلك ضررا معتبرا بالولد فينتزع منها . نقل في رد المحتار : أنه لوكانت المرأة صالحة كثيرة الصلاة، قد استولي عليها محبة الله - تعالي - وخوفه حتي شغلاها عن الولد ولزم ضياعه ، انتزع منها (٢) .

وهكذا كلُّ اشتغال للحاضنة يلزم عنه ضياع الولد فإنه يعد إخلالا بحق الولد في الحضانة، ويعتبر ضررا في النظر الشرعي، فيقضي بانتزاع الولد منها (٣) .

---

(١) - حاشية ابن عابدين علي الدر (٣/٥٨٩) ،وانظر: الدر المختار مع الحاشية (٣/٥٨٩)، وهل تجبر الأم مطلقاً علي الحضانة؟ اختلف العلماء في ذلك ، فالجمهور علي أنَّ الحضانة حق لها ، فلا تجبر عليه . وقال آخرون بأنَّ الحضانة حق للولد فتجبر الحاضنة علي الحضانة وقد اختار هذا الرأي من الحنفية: أبو الليث، والهندواني ، وخواهر زاده، وهو - أيضاً - قول ابن أبي ليلي، والحسن بن صالح، وهو الرأي غير المشهور عند المالكية، ومما يترتب علي هذا الرأي : أنَّ الزوجة لو اختلعت علي أنْ تترك ولدها عند الزوج، فإنَّ الخلع جائز، والشرط باطل؛ لأنَّ حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا.

انظر: حاشية ابن عابدين (٣/٨٨، ٥٨٩) ، وقد ذهب ابن عابدين إلي التوفيق بين المذهب وأقوال المشايخ الثلاثة بما حاصله : أنَّ إجبار الأم علي الحضانة ليس مُطْلقاً، وإنما في خصوص من الأحوال، حيث تتعين عليها الحضانة كما في تلك الأحوال المذكورة أعلي .

وانظر: القوانين الفقهية (١٩٤، ١٩٥) ، والكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٢٩٦). قال ابن عبد البر : وقد روي ذلك عن مالك ، وقال به طائفةٌ من أصحابه.

(٢) - انظر: حاشية رد المحتار (٣/٥٨٤).

(٣)- انظر: حاشية رد المحتار (٣/٥٨٤).

فإنْ استغني الولد عن الحضانة – عن الأم وغيرها – ضُمَّ إلي أبيه، فإنْ امتنع عن أخذه ، وجب إجباره عليه (١) .

وهذا معناه : أنَّ إخلال الأب بكفالة الولد – في هذه الحال– يُعَدُّ من الضرر المعتبر ، فيمنع منه ، ويجبر علي الكفالة .

وأساس ذلك : أنَّ نفقة الصغير وصيانته علي والده بالإجماع كما سوف نري.

لكن قال صاحب المغني من الحنابلة : إنَّ الأب إذا أسقط حقه في الحضانة فإنها تنتقل إلي غيره (٢) ، وهذا يفيد أنَّ الحق له ؛ لأنه لو لم يكن صاحب الحق لم يكن له أن يسقطه، ومؤدي هذا: أنه لا إجبارعليه .

والذي يبدو أنه المعوَّل عليه في هذا الأمر هو: مصلحة الصغير والأنفع له، مع احتفاظ الصغير بحقه في النفقة من ماله أو مال أبيه إن لم يكن له مال، وحقه – أيضا – في الرعاية والكفالة، فإن كانت سنُّه وأحوال أبيه تسمح بأنْ يتولي الحضانة فإنه تتعين عليه عند فقْد غيره، وذلك حفاظا علي حق الصغير في الحضانة والرعاية، علي أنَّ للأب في ذلك حقه الذي يقرر حسب أحواله وظروفه؛ إذ يمكنه أنْ يتولي الحضانة بنفسه أو بمن يستأجره لذلك، أو مَن ينوب عنه .

ومجموع هذا الذي ذكر يدل علي أنَّ حضانة الولد وكفالته تجب له علي أمه ، كما أنهاتجب له علي أبيه ؛ صيانة له من الهلاك والضياع ، ووقاية له من الضرر ، وأنه يعد إخلال الحاضن بواجب الحضانة إضرارا معتبرا بالولد، فيمنع منه، وتقضي الشريعة برفعه إمَّا بالإجبار علي

---

(١)– تبيين الحقائق للزيلعي علي الكنز ، وحاشية الشلبي عليه (٤٧/٣).

(٢) – انظر المغني (٢٤٨/٨). ط : القاهرة .

الحضانة، وإما بانتزاع الولد من الحاضن ودفعه إلي من يليه ممن حضانته أصلح له.

كذلك فإنه من الضرر الممنوع منه في هذا المطلب : الإخلال بحق الولد في الإنفاق عليه بالمعروف ، وهذا هو موضوع الفرع الثالث .

الفرع الثالث : حق الولد في الإنفاق عليه بالمعروف، وما ينبني علي الإخلال بهذا الحق من الضرر

والأصل في هذا : قول الله - تعالي - : ﴿ ... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ (١) . قال القرطبي : وفي هذا دليل علي وجوب نفقة الولد علي الوالد لضعفه وعجزه، وسمَّاه الله للأم؛ لأن الغذاء يصل إليه بواسطتها في الرضاع كما قال : ﴿ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾(٢) ؛ لأن الغذاء لايصل إلا بسببها ، وأجمع العلماء علي أن علي المرء نفقة ولده الأطفال الذين لامال لهم ، وقال - ﷺ - لهند بنت عتبة وقد قالت له : إن أبا سفيان رجل شحيح ، وإنه لايعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيَّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل عليَّ في ذلك جناح ؟ فقال : « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف(٣) »(٤) .

وقوله - تعالي - : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ (٥) . قال القرطبي : هذه الآية أصل في وجوب النفقة للولد علي الوالد دون الأم ، خلافا لمحمد بن الموَّاز يقول : إنها علي الأبوين علي

---

(١) - آية (٢٣٣) سورة البقرة.

(٢) -آية (٦) سورة الطلاق.

(٣) - تقدم تخريجه.

(٤) - تفسير القرطبي (٢/٩٧١).

(٥)- آية (٧) سورة الطلاق.

قدر الميراث . (قال) ابن العربي: ولعل محمدا أراد أنها علي الأم إن عدم الأب، وفي البخاري عن النبي - ﷺ -: « تقول لك المرأة : أنفق عليّ وإلا فطلقني ، ويقول لك العبد: أنفق عليّ واستعملني ، ويقول لك ولدك: أنفق عليّ إلي مَنْ تكلني »[١] ، فقد تعاضد القرآن والسُّنة، وتواردا في شرعة واحدة [٢] .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علي أنّ علي الأب نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم [٣] . وقد علل ابن قدامة في « مغنيه » والكاساني في « بدائعه » لذلك - أي : لوجوب النفقة علي الأب- فقال ابن قدامة : « لأن ولد الإنسان بعضه ..، فكما يجب عليه أنْ ينفق علي نفسه وأهله كذلك علي بعضه» [٤] ، وقال الكاساني : « لأن الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه ، والولد جزء الوالد، وإحياء نفسه واجب كذا إحياء جزئه، واعتبار هذا المعني يوجب النفقة من الجانبين؛ ولأن هذه القرابة مفترضة الوصل، محرمة القطع بالإجماع، والإنفاق من باب الصلة، فكان واجبا ، وتركه مع القدرة للمنفِق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلي القطع، فكان حراما »[٥] .

ومذهب الحنفية في هذا : أنه تجب نفقة الأولاد الصغار، والإناث المعسرات علي الأب لا يشاركه في ذلك أحد ، ولا تسقط بفقره ، ولا يجب عليه نفقة الذكور الكبار إلا أن يكون الولد عاجزا عن الكسب

---

(١) أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (٤١١/٩) كتاب النفقات ، باب : «وجوب النفقة علي الأهل والعيال» ، ولفظه في الولد : « ويقول لك ولدك : أنفق علي إلي من تدعني » . قال ابن حجر : في رواية الإسماعيلي، والنسائي : «تكلني »وهو بمعناه .

(٢) - تفسير القرطبي (٦٦٥١/٨).

(٣) - انظر : المغني لابن قدامة (٢١٢٢/٨) . ط : القاهرة.

(٤) - السابق .

(٥) - بدائع الصنائع (٣١/٤).

لزمانة، أو مرض، فتكون نفقته علي والده، ومن يقدر علي العمل لكن لا يحسن العمل فهو بمنزلة عاجز؛ لأن مَنْ لا يحسن العمل لا يستأجره الناس . قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله تعالي - : «وقد لا يقدر الرجل الصحيح علي الكسب لحرفة، أو لكونه من أهل البيوتات، فإذا كان هكذاكانت نفقته علي والده وإن كانت له قوة العمل» (١) ، وهكذا قالوا في طالب العلم إذاكان لايهتدي إلي الكسب لا تسقط نفقته عن والده ويكون كالزمن والأنثي(٢) .

فإن كان الأب معسرا وله ولد صغير نظر ، فإنْ كان يقدر علي الكسب ، يجب عليه أن يكتسب وينفق علي ولده، فإن امتنع عن الكسب حبس ، وإن كان لا يقدرعلي الكسب يفرض القاضي عليه النفقة، ويأمر الأم حتي تستدين علي زوجها ، ثم ترجع بذلك عليه إذا أيسر(٣) .

وكذا لو كان الأب يجد نفقة الولد ويمتنع من الإنفاق ، يفرض القاضي عليه النفقة، ثم ترجع عليه الأم بذلك ، وكذا لو فرض القاضي علي الأب نفقة الولد فتركه الأب بلا نفقة فاستدانت الأم وأنفقت بأمر القاضي،كان لها أن ترجع بذلك علي الأب، ويحبس الأب بنفقة الولد- وإن كان لا يحبس بسائر ديونه - لأن فيه إتلاف الصغير(٤) . قال ابن عابدين :« ولايحبس والد- وإن علا - في دين ولده وإن سفل إلا في

(١) - الفتاوي الخانية بهامش الهندية (٤٤٥/١).

(٢) - السابق ، وانظر: حاشية رد المحتار علي الدر المختار (٦٤٢/٣، ٦٤٣)، والبحر الرائق مع منحة الخالق (٢١٨/٤، ٢١٩).

(٣) - انظر: حاشية رد المحتار علي الدر المختار (٦٤٣/٣) ، والفتاوي الخانية (٤٤٦/١١)، والبحر الرائق(٢١٩/٤).

(٤) - حاشية رد المحتار (٦٤٣/٣).

النفقة » [١] ، ومثل هذا ظاهر في الدلالة علي اعتبار المذهب الحنفي لإخلال الأب بنفقة أبنائه ضررا يجب رفعه إما بأن يجبر الأب علي الاكتساب - إن كان يقدر عليه - فينفق عليهم وإلاّ فإنه يحبس ، وإما بأن يفرض القاضي النفقة عليه، ويامر الأم باستدانتها عليه، ثم ترجع بذلك عليه إذا أيسر . هذا إذا كان معسرا .

فأما إذاكان موسرا وامتنع من النفقة فإنه تفرض عليه النفقة، وتستدين الأم عليه ، ثم ترجع بذلك عليه ، فإنْ امتنع ، فإنه يحبس به .

ومذهب المالكية : أنه تجب نفقة الولد الذكر الحر الذي لا مال له ، ولا صنعة تقوم به علي الأب الحر، وذلك حتي يبلغ قادرا علي الكسب ، ويجد ما يكتسب فيه، أما لو كان له مال أو صنعة - ولامَعَرَّةَ فيها - تقوم به لسقطت نفقته عن الأب الحر، إلا أن ينفد ماله قبل بلوغه ، أو يدفعه الأب قراضا ويسافر العامل ولايوجد مسلف ، فتعود علي الأب، فإن بلغ مجنونا، أو َزِمنًا ، أو أعمي، فتستمر نفقته علي الأب، ولو كان يجن حينا بعد حين؛ لأنه صدق عليه أنه بلغ مجنونا، وتستمر نفقة العاجز عن الكسب جملة بزمانة أو غيرها ، والقادر علي البعض علي الأب تتميمها ، ولو طرأ عجزه، أو جنونه، أوزمانته بعد البلوغ لم تعد .

وكذلك الأنثي الحرة، فإن نفقتها واجبةعلي أبيها حتي يدخل بها زوجها البالغ، أو يدعي للدخول وهي مطيقة للوطء ، فإنها تسقط عن الأب لوجوبها علي الزوج حينئذ ، فلو طلقها زوجها قبل بلوغها بعد أن أزال بكارتها ، فإن نفقتها تعود علي أبيها، نص عليه المتيطي [٢] .

---

(١) - حاشية رد المحتار (٦٤٣/٣) .

(٢) - انظر: شرح الخرشي مع حاشية العدوي (٢٠٤/٤)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٥٢٤/٢)، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٥٢٦/١ . ٥٢٧)، والقوانين الفقهية (١٩٢/ ١٩٣) ، والكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٢٩٩).

فإن امتنع الأب عن الإنفاق عليهما علي أنه موسر، وأنفق الغير عليهما من غير قضية - أي : من غير أن يقضي لهما بالنفقة - قاصدا الرجوع علي الأب بما أنفق ، فالمعتمد أنه يرجع وإن لم يعلم بالأب ولا يساره حيث كان لهما أب وكان موسرا، وقصد - أي : المنفق - الرجوع ، وحلف أنه أنفق ليرجع.

ومعني هذا: أن إخلال الأب الموسر بالنفقة الواجبة عليه لأبنائه ضرر معتبر في الفقه المالكي، يُقْضَي برفعه بأن يُنْفَق عليه ، ثم يعود المنفق بهذا الذي أنفقه علي الأب الممتنع ، حتي وإن لم يكن قد أنفق بأمر القاضي، ما دام قدْ أنُفَقَ بنيَّة الرُّجوعِ.

ومذهب الشافعية : أنه يجب علي الأب نفقة الولد، وكذلك الأم، وشرط وجوب النفقة يسار المنفق بفاضل عن قوته، وأنْ لا يكون المنفق عليه له مال، أوْ هو مكتسب ، وحدُّ اليسار : أنْ يفضل من قوته شيء يصرفه إلي المنفق عليه، فإن لم يفضل شيء ، فلاشيء عليه ، وفي «التهذيب» : أنه لايشترط يسار الوالد في نفقة الولد الصغير، فعلي هذا يستقرض عليه ، ويؤمر بقضائه إذا أيسر ، قال النووي: والصحيح الأول (يعني :عدم وجوب الإنفاق عليه).

ويباع في النفقة الواجبة ما يباع في الدين من العقار وغيره؛ لأنها حق مالي لابدل له ، فأشبه الدين ، وفي كيفية بيع العقار وجهان ، حكاهما ابن كج، «أحدهما»: يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة. «والثاني» : أن ذلك يسبق ، فيقترض عليه إلي أن يجمع ما يسهل بيع العقار له .

فإنْ لم يكن المطلوب إليه النفقة ذا مال، لكنه كان ذا كسب يمكنه أنْ يكسب ما يفضل عنه، فهل يكلف الكسب للنفقة؟ فيه أوجه،

«أحدها» : لا .كما لايكلف الكسب لقضاء الديون، «والثاني» – قال النووي : وهو الصحيح ، وبه قطع الأكثرون – يكلف الكسب؛ لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذا فرعه، ويخالف الدين، فإنه لاينضبط، والنفقة يسيرة، « والثالث» : يكلف للولد دون الوالد.

فإذا امتنع الأب من الإنفاق علي الولد الصغير، أوكان غائبا، أذن القاضي لأمه في الأخذ من ماله، أو الاستقراض عليه ، والإنفاق علي الصغير بشرط أهليتها ، وهل تستقل بالأخذ من ماله؟ وجهان، « أصحهما» : نعم ؛ لقصة هند، و«الثاني» : المنع ؛ لأنها لا تتصرف في ماله، و تحمل قصة هند علي أنه كان قضاء، أو إذنا لها لا إفتاء وحكما عاما(١) .

وفي استقلالها بالاقتراض عليه إذا لم تجد له مالا ، وجهان ، وأولي بالمنع لخروجه عن صورة الحديث، ومخالفته القياس، وعن القفَّال :تجويزه، فإذا أثبتنا استقلالها، أو لم يكن في البلد قاض، وأشهدت ، لزمه قضاء ما اقترضته ، وإن لم تشهد فوجهان .

ولو أنفقتْ علي الطفل الموسر من مال نفسه بغير إذن الأب ، والقاضي، فوجهان، وأولي بالجواز ؛ لأنها لا تتعدَّي مصلحة الطفل،ولا تتصرف في غير ماله، ولو أنفقتْ عليه بقصد الرجوع وأشهدتْ ، رجعتْ، وإلا فوجهان.

وإذاكان الأب الذي عليه الإنفاق غائبا، والجد حاضر، فإن تبرع بالإنفاق فذاك، وإلا فبقرض القاضي، أو يأذن للجد في الإنفاق ليرجع علي الأب، وفي «البحر» وجه ضعيف : أنه لا يرجع.

---

(١) – انظر: الروضة للنووي (٩/٨٣، ٨٤)، والمهذب (٢/٢١٢، وما بعدها) ، ومغني المحتاج (٣/٤٤٦، وما بعدها) ، وشرح جلال الدين المحلي بحاشيتي قليوبي وعميرة (٤/٨٤، وما بعدها).

ولو استقل الجد بالاقتراض ، فإن أمكنه مراجعة القاضي فليس علي الأب قضاؤه علي الصحيح، وإلا فينظر في الإشهاد ، وعدمه[(١)] .

والحاصل من مجموع هذا الذي سبق: أن الشافعية ينظرون إلي إخلال الأب بالنفقة الواجبة للولد علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه إمَّا بأنْ يباع ما يملكه من عقار فينفق منه، فإن لم يكن له عقار وكان ذا كسب ، فإنه يكلفُ الكسب . هذا إنْ كان معسرا .

فأما إن كان موسرا ويمتنع من النفقة الواجبة عليه لأبنائه ، فإن زوجه تنفق عليهم من ماله بالمعروف إمَّا استقلالا ،وإمَّا بالرجوع إلي القاضي فيقضي لها به، فإن لم يمكنها الإنفاق من ماله، فإنها تقترض عليه إما استقلالا وإما بالرجوع إلي القاضي ، ويلزمه قضاء ما اقترضته .

ومذهب الحنابلة : أنه يجب علي الإنسان نفقة أولاده بالمعروف ، فيجبر الرجل علي نفقة ولده الذكور والإناث إذا كانوا فقراء، وكان له ما ينفق عليهم [(٢)]، فإن أعسر الأب أو توفي وليس له مال، وجبت النفقة علي الأم؛ لأنها أحد الوالدين فاشبهت الأب ، فإن أنفقت الأم حال إعسار الأب ثم أيسر الأب ، فلا ترجع عليه؛ لأن إنفاقها ساعة أن أنفقت كان واجبا عليها ؛ ولأنَّ من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب[(٣)] .

---

(١) – انظر: الروضة للنووي (٩/٨٧).

(٢) – وشروط وجوب الإنفاق عند الحنابلة ثلاثة «أحدها » : أن يكون المنفق عليه فقيرا لا مال له ، ولا كسب يستغني به عن الإنفاق عليه، فإن كان موسرا بمال أو كسب فلا نفقة له .

«الثاني» : أن يكون المنفق موسرا ، وحد اليسار : أن يملك نفقة تفضل عن نفقة نفسه إما من ماله، وإما من كسبه ، فأما من لا يفضل عنه شيء ، فلا نفقة عليه .

«الثالث»: أن يكون المنفق وارثا . انظر في تفصيل ذلك: المغني لابن قدامة (٨/٢١٣، ٢١٤) ط : القاهرة .

(٣) – انظر : المحرر لابن تيمية الجد (٢/١١٧)، والمغني لابن قدامة (٨/٢١١، ٢١٢)، وكشاف القناع (٥/٤٨١).

وهذا معناه : أنه يكون إخلال الأب أو الأم بالنفقة الواجبة للولد ضررا معتبرا في الفقه الحنبلي، فيمنع منه، ويقضي برفعه بأن يجبر من تجب النفقة عليه بالإنفاق .

ومذهب الزيدية : أن نفقة الولد غير العاقل علي أبيه ولوكافرا، أو معسرا له كسب ، ثم في ماله(١) ،ثم علي الأم قرضا للأب، والعاقل المعسر علي أبويه حسب الإرث : علي الأم ثلث نفقته، وعلي الأب الثلثان، إلا أنْ يكون له ولد موسر فنفقته علي ولده(٢) . وعلي هذا فإنه يُلْزَمُ الوالد بنفقة ولده غير العاقل، فإن لم يكن ذا مال لكنْ يمكنه الكسب :كسْب ما يفضل عن حاجته، يكلف الكسب وتفرض عليه النفقة، وإلا فإنَّ الأم تنفق قرضا عليه، ثم تعود بما أنفقت عليه .

أما إن كان الولد كبيرا (عاقلا) لكنه معسر، فإنه ينظر ، فإن كان له ولد موسر ، فنفقته علي ولده الموسر، وإن لم يكن له ولد موسر فنفقته تجب له علي والديه حسب الإرث : ثلث علي أمه، وثلثان علي أبيه .

وتأسيسا عليه فإنه يكون إخلال الأب بالنفقة الواجبة عليه للولد - حتي وإنْ كان الولد ذا مال ضررا معتبرا في الفقه الزيدي، فيمنع منه ، ويقضي برفعه بأنْ يلزم الأب بالنفقة فيما لو كان له مال، أو بأنْ يكلف بالكسب فيما لو كان معسرا لكنه له كسب، أو بأن تنفق الأم قرضا عليه، ثم ترجع بما أنفقت عليه .

---

(١) - وبهذا فإنه يظهر مخالفة الفقه الزيدي لما عليه الفقه السني من أنه إذا كان للصغير مال فإن نفقته تكون واجبة في ماله لاعلي أبيه ، وقد رد الشوكاني علي الزيدية هذا الذي ذهبوا إليه من وجوب نفقة الصغير علي أبيه وإن كان له مال مبينا أن الصواب هو ما عليه الفقه السني ، وهو ما تظاهرت علي إفادته النصوص . انظر: السيل الجرار (٢/٤٥٧).

(٢)- انظر: السيل الجرار (٢//٤٥٤) ، والبحر الزخّار (٤/٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩) .

ومثل هذا إخلال الوالدين بنفقة الولد العاقل المعسر الذي ليس له ابن موسر – ، فإنه يكون ضررا معتبرا في هذا الفقه ، فيمنع منه، ويقضي برفعه بأن يلزم الوالدان بالنفقة علي حسب الإرث.

وهكذا فإنه يلاحظ من مجموع ما ذكر أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ينظر إلي إخلال الوالد بحق ولده في النفقة علي أنه ضرر معتبر يستوجب المنع والقضاء برفعه، وذلك علي النحو الذي سَبقَتْ الإشارة إليه.

وكذلك فإنه من الضرر الممنوع منه في هذا المطلب : إخلال الآباء بحق الأبناء في التسوية بينهم في العطية .

وهذا هو موضوع الفرع الرابع.

الفرع الرابع : الإخلال بحق الأبناء في التسوية بينهم في العطية

والأصل في هذا ما أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما من حديث النعمان بن بشير– رضي الله عنه – قال : إني نحلْتُ ابني هذا غلاما كان لي، فقال رسول الله ﷺ – : « أكلَّ ولدك نحلتَ مثله » فقال : لا . فقال رسول الله –ﷺ – :« فارجعْهُ »[1] ، وفي رواية « فارْدُدْه »[2] .

---

(١) – البخاري مع الفتح (٥/٢٥٠) كتاب الهبة ، باب :« الهبة للولد » .

مسلم مع شرح النووي (١٤٨/٤) كتاب الهبات ، باب : « كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة » .

(٢) – انظر: صحيح مسلم بشرح النووي (١٤٨/٤).

وأخرج البخاري ، ومسلم الحديث بلفظ آخر : قال النعمان : إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله . قال: « أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟» قال: لا .قال : « فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم ». قال : فرجع فردَّ عطيته .

وفي مسلم : قال – أي النبي ﷺ – : «فلا تشهدني إذًا فإني لا أشهد علي جور » وفي رواية : « فليس يصلح هذا وإني لا أشهد إلا علي حق » . البخاري مع الفتح (٥/٢٥٠) كتاب الهبة ، باب : «الإشهاد في الهبة ».

مسلم مع شرح النووي (٤/١٥٠، ١٥٢) كتاب الهبات ، باب : « كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة » .

ففي هذا الحديث : أنه ينبغي أنْ يسوي الوالد بين أولاده في العطية، ويعطي لكل واحد منهما مثل الآخر، ولا يفضل، ويسوِّي بين الذكر والأنثي .

قال البخاري : وإذا أعطي بعض ولده شيئا لم يجز حتي يعدل بينهم ويعطي الآخر مثله، ولايشهد عليه، وقال النبي -ﷺ- : «اعدلوا بين أولادكم في العطية » (١) .

وعلي هذا فإنه يكون تفضيل بعض الأبناء علي بعض في العطية ضررا معتبرا تبطل به مثل هذه العطية، لكن ليست تتفق وجهات مذاهب الفقه علي هذا . وتفصيل القول بشأن هذه الوجهات وفق مايلي :

أولاً: المذهب الحنفي:

يري الحنفية أنه لاباس بتفضيل بعض الأولاد في المحبة ؛ لأنهاعمل القلب، وكذا في العطايا إذا لم يقصد به الإضرار، وإنْ قصده يسوي بينهم .

هذا هو منصوص المذهب كما في« الدر المختار» (٢) .

وقال في « الخانية» : ولو وهب رجل شيئا لأولاده في الصحة وأراد تفضيل البعض على البعض فى ذلك ،لا رواية فى هذا الأصل ، وروي عن الإمام أبي يوسف- رحمه الله تعالي- : أنه لا بأس به إذا لم يقصد به الإضرار(٣) ، وإن قصد به الإضرار سوَّي بينهم ، يعطي الابنة مثل ما يعطي

(١) - ذكره البخاري في ترجمة الباب الثاني عشر من كتاب الهبة . قال ابن حجر: وقد أخرجه الطحاوي من طريق مغيرة عن الشعبي عن النعمان . البخاري مع الفتح (٥/٢٤٩، ٢٥٠).

(٢) - انظر: الدر المختار مع تكملة حاشية رد المحتار (٨/٤٨١، ٤٨٢).

(٣)- وذلك كان يكون المفضل بالعطية مشتغلا بالعلم لابالكسب، وروي عن الإمام أبي حنيفة : أنه لاباس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين . =

الابن، وقال محمد – رحمه الله – : يعطي للذكر ضعف ما يعطي للأنثي، والفتوي علي قول أبي يوسف[1] .

ومعني هذا : أن الفقه الحنفي ينظر إلي تفضيل بعض الولد علي بعض في العطية علي أنه ليس ضرراً معتبراً تبطل به العطية – وإن كان يكره هذا – إلا أنْ يثبت قصد الإضرار، فيحرم ويقضي بالتسوية .

ثانيا : مذهب المالكية :

يري المالكية أن هبة الرجل جميع ماله لبعض ولده دون بعض ، أو تفضيل بعضهم علي بعض، مكروهة، فإنْ وقعت أجيزت .

وروي عن مالك المنع وفاقا للظاهرية [2] .

وهذا يدلنا علي أن للفقه المالكي وجهتين بهذا الخصوص، الوجهة الأولي : أن تفضيل بعض الولد علي بعض في العطيه ليس ضررا معتبرا تبطل به العطية، علي أنه يكره ذلك .

والوجهة الثانية : أن ذلك يكون ضررا معتبرا فيمنع منه، ولا تُمضي هذه العطية .

=ومثل هذا ما لو كان المفضول فاسقا . ففي خزانة المفتين: إن كان في ولده فاسق لا ينبغي أن يعطيه أكثر من قوته كي لا يصير معينا له في المعصية.

انظر: الخانية (٢٧٩/٣) ، وتكملة حاشية رد المحتار (٤٨٢/٨).

(١)–(٢٧٩/٣).

(٢) – انظر: القوانين الفقهية (٣١٤، ٣١٥)، والمنتقي شرح الموطأ للباجي (٩٢/٦، ٩٣) ، وقال القاضي أبو الوليد : إنه إذا أعطي البعض علي سبيل الإيثار أنه مكروه، وإنما يجوز ذلك ويعري من الكراهية إذا أعطي البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم ، أو غرامة تلزمه ، أو خير يظهر منه، فيخص بذلك خيرهم علي مثله .

ثالثا : المذهب الشافعي:

يري الشافعية أنه ينبغي للوالد أن يعدل بين أولاده في العطية، فإن لم يعدل ، فقد فعل مكروها، لكن تصح الهبة، والأولي في هذه الحال -عندهم - : أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل[1] .

ومفاد هذا: أن الفقه الشافعي ليس يري تفضيل بعض الولد علي بعض في العطية ضررا معتبرا تبطل به العطية، بل تصح العطية لكن مع الكراهة.

رابعاً : الفقه الحنبلي:

نص الحنابلة في كتبهم علي أنه إذا فاضل الرجل بين ولده في العطية أمر بردِّه كما أمرالنبي- ﷺ -. [2] .

قال ابن قدامة : وجملة ذلك أنه يجب علي الإنسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعني يبيح التفضيل [3] ، فإن خص بعضهم بعطيته، أو فاضل بينهم فيها أثم، ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين: إما رد مافضِّل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخر[4] .

وقال ابن تيمية : لا يجوز لواهب أن يخص أحد بنيه بالعطية دون بقية إخوته من غير سبب شرعي ، فإن أقبضه إياه لم يجز - علي الصحيح

---

(١) - انظر: روضة الطالبين للنووي (٥/٣٨٧).

(٢) - انظر: متن الخرقي مع المغني (٣/٢٦٢).

(٣) - وذلك بأن يكون المخصوص به معني يقتضي تخصيصه مثل اختصاص بزمانة ، أو حاجة ، أو عمي ، أو كثرة عائلة ، أو اشتغاله بعلم أو نحوه من الفضائل ، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه ، أو بدعته ، أو لكونه يستعين بما يأخذه علي معصية الله، أو ينفقه فيها. انظر: المغني (٦/٢٦٥)،والفروع(٤/٦٤٤).

(٤) - المغني (٦/٢٦٢).

- أن يختص به الموهوب له ، بل يكون مشتركا بينه وبين إخوته[١] .

ومثل هذا ظاهر في الدلالة علي اعتبار الفقه الحنبلي لتفضيل بعض الولد علي بعض في العطية من غير سبب شرعي - ضررا يمنع منه في الحكم بأن يقضي إما برد ما فضل به البعض ، وإما بإتمام نصيب الآخر ، وذلك انطلاقا من أحاديث الباب .

وما قال به الحنابلة هو مذهب طاووس. قال طاووس : « لا يجوز ذلك - أي المفاضلةبين الأولاد في العطية - ولا رغيف محترق » [٢] .وبه قال ابن المبارك، وروي معناه عن مجاهد ، وعروة [٣] .

خامساً : مذهب الظاهرية :

لا يحل - عند الظاهرية-لأحد أنْ يهب ولا أنْ يتصدّق علي أحد من ولده إلا حتي يعطي أو يتصدّق علي كل أحد منهم بمثل ذلك ، ولا يحل أن يفضل ذكرا علي أنثي ولا أنثي علي ذكر .

فإن فعل فهو مفسوخ مردود أبدا ولابد [٤] .

وبهذا فإنه يكون ضررا معتبرا - عند الظاهرية - تفضيل الرجل بعض ولده علي بعض في العطية ، فتفسخ العطية وترد.

سادساً : مذهب الزيدية :

يكره عند الزيدية مخالفة التوريث في الصدقة، والهدية، والهبة للأولاد؛ لقوله - ﷺ- : « سووا بين أولادكم في العطية » [٥] .

---

(١) - مجموع فتاوي ابن تيمية (٢٧٢/٣١).

(٢) - انظر: المغني لابن قدامة (٢٦٢/٦).

(٣) - المصدر السابق .

(٤) انظر: المحلّي لابن حزم الظاهري (١٤٢/٩)مسألة رقم (١٦٣٢).

(٥) - تقدمت الإشارة إلي تخريجه.

فإنْ فضل بعضهم علي بعض صح[1] .

وفي هذا إشارة إلي أن الفقه الزيدي لا يعد تفضيل الرجل بعض ولده علي بعض في العطية – ضررا معتبرا تبطل به العطية ، علي أنه يكره ذلك. **سابعاً : مذهب الإمامية :**

يجوز عند الإمامية أن يفضل الرجل بعض ولده علي بعض في العطية ، علي أنه يكره ذلك[2] . وبهذا فإنه لا يكون تفضيل بعض الولد علي بعض في العطية – ضررا معتبراً في فقه الإمامية .

خلاصة ما سبق :

ومجموع هذا الذي تقدَّم حاصله أنَّ وجهة الجمهور(الحنفية ، والمالكية، والشافعية، والزيدية، والإمامية) : أنَّ تفضيل الوالد بعض ولده علي بعض في العطية لا يعد ضررا معتبرا، وإن كان يكره، فإنْ وقع جاز وصحت العطية.

وأن وجهة الحنابلة، والظاهرية، ومالك في رواية : أن ذلك ضرر معتبر يمنع منه في الحكم، ويقضي برده، وهو مذهب طاووس ، وابن المبارك، وروي مثله عن مجاهد ، وبه قال عروة ، وإسحاق ، والثوري ، وداود [3] .

ويرجع الخلاف بين العلماء في هذا الموضع إلي اختلاف ألفاظ حديث النعمان الذي هو العمدة – هنا – حيث قد ورد في بعض ألفاظه

---

(١) – انظر: البحر الزَّخار (١٣٨/٥)،والسيل الجرار (٣٠١/٣، ٣٠٢).

(٢) – انظر: شرائع الإسلام (٢٣٠/٢).

(٣) –انظر: شرح النووي علي مسلم (١٤٩/٤).

أن النبي – ﷺ – قال: « فاشهد علي هذا غيري »[1] . قال الجمهور : ولو كان حراما – أي التفضيل في العطية – أو باطلا لما قال هذا الكلام، وبناء عليه فإنهم تأولوا بقية ألفاظ الحديث علي أنه يكره التفضيل كراهة تنزيه ، لا أنه يحرم [2] ، واحتجوا بأن أبا بكر – رضي الله عنه – نحل ابنته عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده [3] .

كذلك فإنهم احتجوا بأن الإجماع منعقد علي أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده، قالوا فإذا كان ذلك للأجنبي فهو للولد أحري.

وقد أجاب الحنابلة ومن وافقهم علي ما احتج به الجمهور لوجهته، فقالوا : قوله –ﷺ – في حديث النعمان : « فارجعه » ، وفي لفظ : « فاردده »، وفي لفظ : « لا تشهدني علي جور »، وفي لفظ : « فاشهد علي هذا غيري »– دليل علي التحريم؛ لأنه سمّاه جورا، وأمر برده ، وامتنع عن الشهادة عليه، والجور حرام، والأمر يقتضي الوجوب ؛ ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء ، وقطيعة الرحم، فمنع منه : كتزويج المرأة علي عمتها أو خالتها .

وفعل أبي بكر لا يعارض قول النبي –ﷺ – ، ويحتمل أن أبا بكر – رضي الله عنه – خصها بعطيته لحاجتها، وعجزها عن الكسب والتسبُّب فيه ، مع اختصاصها بفضلها وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله –ﷺ –

---

(1) – أخرجه مسلم في صحيحه، مسلم بشرح النووي (٤/١٥١) كتاب الهبات باب : « كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة» .

(2) – انظر: بداية المجتهد (٢/٣٦٠) ، والمغني (٦/٢٦٢، ٢٦٣) ، وشرح النووي علي مسلم (٤/١٤٩).

(3)– أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الأقضية ، باب : « مالا يجوز من النحل » . الموطأ مع المنتقي (٦/٩٣).

وغير ذلك من فضائلها ، ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده، أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه الموت قبل ذلك، ويتعيَّن حمل حديثه علي أحد هذه الوجوه؛ لأن حمله علي مثل محل النزاع منهي عنه، وأقل أحواله الكراهة، والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات .

وقول النبي - ﷺ - : « فأشهد علي هذا غيري » ليس بأمر ؛ لأن أدني أحوال الأمر الاستحباب والندب، ولا خلاف في كراهة هذا، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جورا؟! وحمل الحديث علي هذا حمل لحديث النبي- ﷺ - علي التناقض، والتضاد، ولو أمر النبي بإشهاد غيره امتثل بشير أمره ولم يرده، إنما هذا تهديد له علي هذا فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه .

والقول بأن الإجماع انعقد علي جواز عطية الرجل ماله لغير ولده ، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله جاز له أن يخرج عن ذلك بعضهم - لا يخفي ضعفه؛ لأنه قياس مع وجود النص (١) .

وهكذا فإنه يري أن الصواب هو ما عليه الحنابلة - ومن وافقهم - من اعتبار تفضيل بعض الولد علي بعض في العطية ضررا يمنع منه في الحكم، ويقضي برده ، والله أعلم .

كذلك فإنه من الضرر الممنوع منه في هذا المطلب : إخلال الأبناء بحق الآباء في البرِّ بهم ، والإكرام لهم، والنفقة عليهم .

وهذا هو موضوع الفرع الخامس .

---

(١) - راجع في ذلك فتح الباري (٢٥٣/٢٥٥) حيث ذكر ابن حجر عشرة اعتراضات لمذهب الجمهور ، وقد أجاب عنها كلها ، وذلك يبين منه صواب وجهة الفقه الحنبلي ومن وافقه.

وراجع المغني (٦/٢٦٣، ٢٤٤) وبداية المجتهد (٢/ ٣٦٠)، ونيل الأوطار للشوكاني (٧/١٢٩، وما بعدها) .

الفرع الخامس : حق الآباء على الأبناء في البر ، والإكرام، والنفقة، وما ينبني على الإخلال بهذا الحق من الضرر

أجمع أهل العلم علي أنَّ نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسْب لهما ولا مال – واجبةٌ في مال الولد [1] .

والأصل في هذا : قول الله– عز وجل – :﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾[2] . أي : أمر ربك وقضي ألاَّ تعبدوا إلاَّ إياه ، وأمر –سبحانه وتعالي– ووصي بالوالدين إحسانًا ، والإنفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الإحسان.

وقوله – عز وجل– : ﴿ وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ﴾[3] وقوله – تعالي – ﴿ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ ﴾[4] . والشكر للوالدين هو المكافأة لهما ، أمر سبحانه وتعالي الولد أنْ يكافئ لهما ويجازي بعض ما كان منهما إليه من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه، وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما، وإدرار النفقة عليهما حال عجزهما من باب شكر النعمة ، فكان واجبا .

وقوله – عز وجل – ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [5] وهذا في الوالدين الكافرين ، فالمسلمان أولي، والإنفاق عليهما من أعْرف المعروف .

---

(١) – انظر: المغني لابن قدامة (٨/٢١٢) ط : القاهرة.

(٢) – آية (٢٣) سورة الإسراء.

(٣) – آية (٨) سورة العنكبوت.

(٤) – آية (١٤) سورة لقمان.

(٥) – آية (١٥) سورة لقمان.

وقوله – عز وجل– ﴿ فَلا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلا تَنْهَرْهُمَا ﴾ (١) ،وأنه نهي عن كلام فيه ضرب إيذاء ، ومعلوم أنَّ معني التاذي بترك الإنفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر، فكان النهي عن التأفيف نهيا عن ترك الإنفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة.

وصحَّ عن النبي –ﷺ– أن عقوق الوالدين من الكبائر ، وليس في العقوق أكثر من أنْ يكون الابن غنيا ذا مال ويترك أباه يكنس الكنف، أو يسوس الدواب، ويكنس الزبل، أو يحجم ، أو يغسل للناس الثياب، أو يوقد في الحمام، ويدع أمه تخدم الناس، وتسقي الماء في الطرق، فما خفض لهما جناح الذل من الرحمة مَنْ فعل ذلك بلا شك ، وقدْ أثبت الله – عز وجل– في النفوس كلها اختلاف وجوه الإحسان إلي الوالدين ، وجاءتْ النصوص ببيان ذلك ، فالإحسان إلي الأبوين الصبر لجفائهما، وتوقيرهما،وتعظيمهما،وطاعتهما مالم يامرا بمعصية، والإنفاق عليهما عند عجزهما (٢).

وروي جابر بن عبد الله – أنَّ رجلا جاء إلي رسول الله – ﷺ – ومعه أبوه ، فقال يا رسول الله : إنَّ لي مالا ، وإنَّ لي أبا، وإنَّ أبي يريد أنْ يأخذ مالي ، فقال رسول الله – ﷺ – :« أنت ومالك لأبيك »(٣) ، أضاف مال الابن إلي الأب بلام التمليك، وظاهره يقتضي : أنْ يكون للأب

---

(١) – أية (٢٣) سورة الإسراء.

(٢) – انظر: المحلي لابن حزم الظاهري (١٠/ ١٠٨).

(٣) – أخرجه ابن ماجة في سننه : السنن (٢/٧٦٩) كتاب التجارات، باب:« ماللرجل من مال ولده». قال في الزوائد : إسناده صحيح ، ورجاله ثقات علي شرط البخاري.

قال الخطابي في معالم السنن (٥/١٨٣):قال له « أنت ومالك لأبيك » علي معني : أنه إذا احتاج إلي مالك أخذ منك قدر الحاجة كمايأخذ من مال نفسه، وإذا لم يكن لك مال ، وكان لك كسب لزمك أن تكتسب وتنفق عليه، فأما أن يكون أراد به إباحه ماله وخلاه واعتراضه حتي يجتاحه – أي : يستأصله – وياتي عليه ، لاعلي هذه الوجه ، فلاأعلم أحداً ذهب إليه من الفقهاء . والله أعلم .

في مال ابنه حقيقة الملك، فإنْ لم تثبت الحقيقة، فلا أقل من أنْ يثبت له حق التمليك عند الحاجة.

وروي عن النبي -ﷺ- أنه قال: « إنَّ أطيب ما يأكل الرجل من كسْبه، وإنَّ ولده من كسبه، فكلوا من أموالهم »[1] ، فالحديث حجة بأوله وآخره، امَّا بآخره فظاهر ؛ لأنه -ﷺ- أطلق للأب الأكل من كسب ولده، هكذا مطلقا عن شرط الإذن والعوض ، فوجب القول به، وأمَّا بأوله؛ فلأن معني قوله « وإنَّ ولده من كسبه » ، أي : كسب ولده من كسبه؛ لأنه جعل كسب الرجل أطيب المأكول، والمأكول كسبه لا نفسه، وإذا كان كسب ولده كسبه ،كانت نفقته فيه ؛ لأنَّ نفقة الإنسان في كسبه؛ ولأنَّ ولده لما كان من كسبه، كان كسب ولده ككسبه، وكسب كسب الإنسان كسبه :ككسب عبده المأذون، فكانت نفقته فيه [2] .

هذا والإنفاق علي الوالدين من باب الصلة ، فكان واجبا، وتركه مع القدرة للمنفق، وتحقُّق حاجة المنفَق عليه يؤدي إلي القطع، فكان حراما.

وكذلك فإنّ الإنفاق عند الحاجة من باب إحياء المنفق عليه، والوالدان أصل الولد، وإحياء نفس الولد واجب، كذا إحياء أصله[3] .

---

(١) - أخرجه أبو داود: مختصر السنن مع المعالم (١٨٢/٥، ١٨٣) كتاب البيوع ، باب: « الرجل يأكل من مال ولده » . قال الخطابي فيه من الفقه : أن نفقة الولدين واجبة علي الولد إذا كان واجدا لها ، واختلفوا في صفة من تجب لهم النفقة من الآباء والأمهات . فقال الشافعي : إنما يجب ذلك للأب الفقير الزمن ، فإن كان له مال، أو كان صحيح البدن غير زمن ، فلا نفقة عليه ، وقال سائر الفقهاء :نفقة الوالدين واجبة علي الولد ، ولا أعلم واحدا منهم اشترط الزمانة كما اشترطها الشافعي . معالم السنن (١٨٢/٥ ، ١٨٣).

(٢)- انظر : بدائع الصنائع (٣٠/٤).

(٣) - انظر : بدائع الصنائع (٣٠/٤) ، والمغني لابن قدامة(٢١٢/٨).

وفي هذا يقول الحنفية : الابن الموسر يجبر علي نفقة أبويه المعسرين ولا يجب علي الابن الفقير نفقةُ والدهِ حُكْما إنْ كان الوالد يقْدر علي العمل.

فإنْ كان الوالد زمنا، أو لا يقدر علي عمل وللابن عيال، كان علي الابن أن يَضُمَّ الأب إلي عياله وينفق علي الكل.

والموسر في هذا الباب: مَنْ يملك مالا فاضلاً عن نفقة عياله، ويبلغ الفاضل مقدارا تجب فيه الزكاة.

وروي هشام عن محمد - رحمه الله تعالي - رجلٌ له أبٌ معسرٌ، والابن محترف يكسب كل يوم درهما ، يكفي له ولعياله أربعة دوانق، كان عليه أنْ يصرف الفضل إلي أبيه.

وكما يجب علي الابن الموسر نفقة والده الفقير يجب عليه نفقة خادم الأب امرأة كانت الخادم ، أو جارية إذا كان الأب محتاجا إلي من يخدمه.

وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالي - : « إذا كان الابن فقيرا كسوبا والأب زمنا، يشارك الابن في القوت بالمعروف ؛ لأنه إذا لم يشاركه يخشي علي الأب التلف.

وذكر الخصاف في« أدب القاضي » : إن كان الأب فقيرا ، ولم يكن كسوبا، والابن فقيرا كسوبا، فقال الأب للقاضي : إنْ ابني يكتسب ما يقدر أن ينفق عليَّ، فالقاضي ينظر في كسب الابن، فإنْ كان فيه فضل عن قوته، يجبر الابن علي نفقة الأب منه، وإن لم يكن فيه فضل عن قوته، فلاشيء عليه بالحكم ، ولكن يؤمر من حيث الديانة، هذا إذا كان الابن وحده، فإنْ كان له زوجة، وأولاد صغار يجبر الابن علي أن يدخل الأب في

قوته ويجعله كاحد من عياله، ولا يجبره علي أن يعطي شيئاً علي حدة، فإن كان الأب كسوبا هل يجبر الابن علي الكسب والنفقة؛ اختلفوا فيه ، قيل : يجبر ، وقيل : لا يجبر ، كذا في « محيط السرخسي »[١] .

والحاصل : أنَّ الفقه الحنفي ينظر إلي إخلال الابن الموسر بنفقة أبيه المعسر علي أنَّه ضرر معتبر ، فيقضي برفعه بأنْ يجبر الابن علي النفقة . فإنْ كان الابن معسرا، نظر: فإن كان كسوبا أجبر علي صرف ما فضل عن قوته علي نفقة أبيه . هذا إن كان وحده ، أما إن كان له زوجة وعيال فإنه يجبر علي أنْ يدخل الأب في قوته ويجعله كأحد من عياله وهذا كله إذا لم يكن الأب كسوبا .

فأما إنْ كان الأب المعسر يقدر علي الكسب، فقيل في المذهب : إنَّ الابن يجبر علي الكسب والنفقة، وقيل : لا يجبر ، وتكون نفقة الأب في كسب يده .

وقال المالكية : يجب علي الولد الموسر نفقةُ الوالدين المعسرين بنفقتهما كلا أوبعضا فيجب عليه تمام الكفاية، وذلك حيث يعجزان عن الكسب ، فإن لم يكونا عاجزين عن الكسب لم تجب النفقة علي الولد، وأجبرا علي الكسب - علي المعتمد- ، ولا يجب علي الولد المعسر أنْ يتكسَّب بصنعة أو غيرها لينفق علي أبويه ولو كان له صنعة .

ويجب علي الولد الموسر نفقة خادم الوالدين، ونفقة خادم زوجة الأب التي هي أهل للإخدام، وإعفاف الأب بزوجة واحدة لا أكثر هذا إنْ أعفته الواحدة، فإنْ لم تعفه الواحدة زيد عليها من يحصل به العفاف .

---

(١) - انظر: الفتاوي الخانية بهامش الهندية (٤٤٧/١، ٤٤٨) ، والفتاوي الهندية (٥٦٥/١)، وحاشية رد المحتار علي الدر المختار (٦٥٢/٣، وما بعدها).

والإنفاق علي الوالدين – في المذهب المالكي– يكون مما فضل عن نفقة الولد الموسر ونفقة زوجاته ولو أربعا، لاعن نفقة خادمه ودابته؛ إذ نفقة الأبوين مقدمة علي نفقتهما مالم يحتج لهما، وإلاَّ قدمتْ نفقتهما علي نفقة الوالدين .

فإن كان له أب وابن فقيران ، وهو لا يقدر إلا علي نفقة أحدهما فقيل : يتحاصّان، وقيل : يقدم الابن، وقيل : يقدم الأب، وتقدم الأم علي الأب.

وللوالدين المحتاجين أنْ يرفعا ابنهما الموسر إلي القاضي في النفقة عليهما ، فيقضي لهما بالنفقة عليه ما لم يثبت له عدمه [1] .

وهذا يفيد أنَّ الفقه المالكي ينظر إلي إخلال الولد الموسر بنفقة والديه المحتاجين علي أنه ضرر معتبر فيمنع منه، ويقضي برفعه، وذلك بإلزام الولد بالنفقة عليهما .

وقال الشافعية : تجب النفقة للوالد المحتاج علي ولده الموسر، وهو من فضل عن قوته وقوت عياله في يوم وليلة ما يصرفه إلي والده، فإنْ لم يفضل شيء ، فلا شيء عليه .

والوالد المحتاج – في المذهب – مَنْ كان معسرا لعدم المال وعدم الكسب، فإن كان قادرا علي الكسب بالصحة والقوة، ففيه قولان : «أحدهما» يستحق ؛ لأنه محتاج، فاستحق النفقة كالزمن، قال النووي :

---

(١) – انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/٥٢٢، ٥٢٣) والشرح الصغير مع حاشية الصاوي (١/٥٢٥، ٥٢٦)، والخرشي علي خليل مع حاشية العدوي (٤/٢٠٢، ٢٠٣) ، والقوانين (١٩٣) ، والكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٢٩٩)، واسهل المدارك للكشناوي (٢/٢٠٠، ٢٠١).

«علي الأظهر ؛ لأنَّ الله – تعالي – أمر بمصاحبتهما بالمعروف، وليس من المعروف تكليفهم الكسب مع كبر السن ، وكما يجب الإعفاف، ويمتنع القصاص ، ولحرمة الوالدين، هذه طريقة الجمهور، ولم يفرقوا بين اكتساب واكتساب» [١] «والثاني» : لا يستحق؛ لأن القوّة كاليسار.

ويلزم علي الابن إعفاف أبيه علي المشهور، وانه إذا أعفه بزوجة أو ملّكه جارية، لزمه نفقتها ومؤنتها حيث تلزمه نفقة الأب ، فلو كان للأب أم ولد لزم الولد أيضا نفقتها ، ولو كان تحته زوجتان فأكثر لم يلزمه إلا نفقة واحدة، ويدفع تلك النفقة إلي الأب، وهو يوزعها عليهما، ولو كان للأب أولاد، فوجهان ، قال المتولي : يلزم الابن الإنفاق عليهم ؛ لأن نفقتهم علي الأب ، فيتحملها الابن عنه كنفقة الزوجة . قال النووي : والصحيح أنه لا يجب ، وبه قطع الشيخ أبو علي ، ويخالف الزوجة، فإنها إن لم ينفق فسخت ، فيتضرر الأب؛ ولأن نفقتها تجب علي الأب وإن كان معسرا.

فإذا امتنع الابن الموسرعن نفقة أبيه المحتاج، فللمستحق أخذ الواجب من ماله إنْ وجد جنسه، وفي غير الجنس خلاف، وإن كان غائبا ولا مال له هناك، راجع القاضي ليقترض عليه، فإن لم يكن هناك قاض واقترض، نظر هل أشهد أم لا؟ علي ما ذكر في اقتراض الأم للطفل.

هذا وإذا وجبت نفقة الأب علي الصغير أو المجنون فإنه يأخذها من ماله بحكم الولاية، وله أنْ يؤاجره لما يطيقه من الأعمال، ويأخذ من أجرته

---

(١) – ومنهم من جعل الخلاف أولاً في اشتراط العجز عن كسب يليق به ، ثم قالوا : إن شرط ذلك ففي اشتراط العجز عن كل كسب يليق به بالزمانة وجهان، ورأوا الأعدل الأقرب :الاكتفاء بعجزه عما يليق به من الأكساب ، وأوجبوا النفقة مع القدرة علي الكنس ، وحمل القانورات ، وسائر ما لا يليق به ، قال النووي : وهذا حسن.

نفقة نفسه، والأم لا تأخذ إلا بإذن الحاكم [1] .

ومؤدي هذا الذي ذكر : أنَّ الفقه الشافعي يعتبر إخلال الولد الموسر بنفقة والديه المحتاجين ضررا ممنوعا منه ، ويقضي برفعه إما بأن يأخذا من ماله – إنْ كان من جنس ما يستحقان– بقدر ما يجب لهما، وإما بأن يقترضا عليه بأمر القاضي ونحو ذلك مماسبق.

وقال الحنابلة : تجب علي الرجل نفقة والديه إذا كانوا فقراء ، وكان له ما ينفق عليهم فاضلاً عن نفسه، وامرأته ، ورقيقه يومه وليلته .

ولا يجب الإنفاق من أصل البضاعة التي يتجر بها، ولا من ثمن الملك ، وآلة العمل؛ لحصول الضرر بذلك؛ لفوات ما يتحصل منه قوته وقوت زوجته ونحوها.

ويجبر قادر علي التكسب ولا تجب نفقته إذًا؛ لأن كسبه الذي يستغني به كالمال ويقدم الأب علي الأم في النفقة؛ لفضيلته وانفراده بالولاية، واستحقاق الأخذ من ماله، فإن كان مع الأبوين ابن قدمه عليهما؛ لوجوب نفقته بالنص. نقل أبو طالب : أن الابن أحق بالنفقة منها (أي : الأم) ، وهي أحقُّ بالبر . وقال القاضي فيما إذا اجتمع الأبوان والابن : إن كان الابن صغيرا أو مجنونا قدم ؛ لأن نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز، وإن كان الابن كبيرا و الأب زمنا ، فالأب أحق؛ لأن حرمته آكد وحاجته أشد، وفي «المستوعب» : يقدم الأحوج ممن تقدم في هذه المسائل؛ لشدة حاجته [2] .

---

(١) انظر : الروضة (٨٣/٩ ،وما بعدها) ، والمهذب (٢١٣/٢) ،ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٦ ،وما بعدها) ، وشرح المحلي علي المنهاج (٨٤/٤ ، وما بعدها) ، والبجيرمي (٦٥/٤ ، ٦٦) .

(٢) – انظر: المغني ابن قدامة (٢١١/٨، وما بعدها) ، وكشّاف القناع (٤٨٠/٥، وما بعدها)، والمحرر (١١٧/٢، ١١٨)، والعدة شرح العمدة لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (٤٤٨، ٤٤٩) ط : دار الفكر – بيروت .

فإن امتنع الرجل عن الإنفاق علي والديه المحتاجين علي أنه موسر ، فإنه يكون لهما أن يرفعاه إلي القاضي ، فيجبره علي الإنفاق عليهما . قال الخرقي : « ويجبر الرجل علي نفقة والديه . . ، إذ كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم »[1] .

ولهما كذلك أنْ يستدينا عليه بإذن القاضي، ويلزمه ما استداناه، فيرجعان به عليه [2] .

وقال الزيدية : يجب علي الولد الموسر نفقة الأبوين المعسرين ، ومَنْ لا يجد إلا لأحد أبويه، فوجوه : الأب يكون أولي بالنفقة؛ لولايته والانتساب إليه ، « الثاني » : الأم أولي ، « الثالث » : سواء إذاً لاترجيح .

ومن له أب وابن موسران، فنفقته علي الابن ؛ لقوله - ﷺ - :« أنت ومالك لأبيك » .

ولا يلزم الابن إعفاف الأب . قال الشوكاني : لكون ذلك مما لا يدخل في مسمّي النفقة ، إلا أن يبلغ الحد إلي التضرر البالغ كان من باب التداوي لحفظ النفس، وقد تقدّم حديث : « أنت ومالك لأبيك » ، وتقدّم قوله - تعالي- ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ [3] . وهذا من الإحسان .

كذلك فإنه لا يلزم الابن التكسب إلا للعاجز؛ لخشية ضرره ؛ لأنه إذا قعد الأب وعجز عن الكسب، وولده قوي سَوِيٌ وأبواب المكاسب متيسرة له ولم يكسب علي والده فهو لم يحسن إليه كما أمره الله سبحانه، ولا برّه كما أوجب ذلك عليه رسو الله -ﷺ - .

---

(١) - متن الخرقي مع المغني لابن قدامة (٨/٢١١) ط: مكتبة القاهرة.

(٢) - انظر: كشاف القناع (٥/٤٨٤).

(٣) آية (٢٣) سورة الإسراء .

وأما إذا كانا قادرين علي الكسب، تكسَّب كل واحد منهما لنفسه، فإن قدر الولد أن يكفي والده مؤنة التكسب فهو من تمام البر به والإحسان إليه (١) .

فإذا امتنع الولد عن نفقة أبيه فله أنْ يرفع أمره إلي القاضي فيلزمه بذلك ، ولو بأن يبيع عليه عرضا (٢) .

وهذا يدل علي أن الفقه الزيدي يعتبر إخلال الولد الموسر بنفقة أبويه المحتاجين إضرارا محرَّما ، فيقضي برفعه بأنْ يجبره القاضي عليه ولو بأن يبيع عليه عرضا في ذلك ، فإن لم يكن له مال ، فيلزم بالتكسب ، ويفرض عليه النفقة في كسبه ، وذلك وفق ما أشير إليه .

وهكذا فإنه يظهر لنا من استعراض مذاهب الفقه الإسلامي بخصوص حق الوالدين المحتاجين في النفقة علي ولدهما الموسر : أنَّ ذلك محلٌ اتفاق العلماء ليس يخالف فيه أحد، وأنه يُنْظَر إلي الإخلال بهذا الحق علي أنَّه ضرر معتبر ، يستوجب المنع ، ويُقْضَي برفعه بوسائل شتي، وطرق عدة تختلف من مذهب إلي آخر علي نحو ما عرض له .

وبهذا فإنه يكون قد عرض البحث لجملة من أنواع الضرر في العلاقات بين الآباء والأبناء، ولمدي اعتبار الشريعة الإسلامية لذلك .

والبحث يعرض فيما يلي لجملة من أنواع الضرر في العلاقات المالية وموقف مذاهب الفقه الإسلامي منها ، ومدي اعتبار الشريعة الإسلامية لذلك، وهذا هو موضوع المبحث التالي .

***

---

(١) – انظر: البحر الزخّار (٤/ ٢٧٩)، والسيل الجرار (٢/ ٤٥٨، ٤٥٩).

(٢) – انظر: السيل الجرار (٢/ ٤٥٩).

المبحث الثاني

الضرر في العلاقات المالية

مقدمة :

الأصل في هذا المبحث قول الله - تعالي - : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾(١) ، وقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾(٢) . قال القرطبي : الخطاب بهذه الآية يتضمن جميع أمة محمد - ﷺ - والمعني : لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل : القمار، والخداع، والغصوب ، وجحد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكه، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه : كمهر البغي، وحلوان الكاهن، وأثمان الخمور وغير ذلك (٣) .

وجماع الأمر في ذلك كله : أن من «أخذ مال غيره لا علي وجه إذن الشرع ، فقد أكله بالباطل»(٤) .

وعلي هذا فإنه يكون معني قوله ﴿ بِالْبَاطِلِ ﴾ اي : بمخالفة قواعد الشرع حتي وإن تراضيا عليه؛ إذ إن الأصل في مشروعية الأشياء والتصرفات إنما هو ما قضي به الشرع ، وإن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقا له بإثبات الشرع ذلك له لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل .

---

(١)- آية (١٨٨) سورة البقرة.

(٢) - آية (٢٩) سورة النساء.

(٣) - انظر: تفسير القرطبي (٧١٣/١).

(٤)-السابق.

فالباطل إذا هو ما جاء بخلاف قواعد الشرع .

وبناء عليه فإنه يكون كل أكل للمال بخلاف قواعد الشرع أكلا بالباطل، وهو في النظر الشرعي ضرر معتبر يستوجب المنع، حتي وإن تراضي العاقدان عليه ؛ لأن التراضي علي ما حرمته الشريعة لا يغير وصف الباطل عن المعاملة .

ونشير -هنا- إلي جملة من الأمور الرئيسة التي نهت عنها الشريعة ودلت نصوصها (قرآنا، وسنة) علي أن أكل المال عن طريقها من قبيل الأكل بالباطل ، واعتبرت ذلك ضررا ممنوعا منه .

فمن هذه الأمور الرئيسة : الربا، والغرر، والتدليس، والاحتكار، والغصب، والرشوة، والقمار.

هذا وقد استتبع النهي عن تلك الأمور النهي عن أمور كثيرة تفصيلية هي من معناها ؛ إذ إنها تتصل بها وتؤدي إليها .

فمن هذه الأمور التفصيلية : النهي عن التصرية، والغش ، وتلقي الركبان، وبيع حاضر لباد، والتناجش، والمنابذة ، والملامسة ، وبيع الحصاة ... إلي آخر ماعرض له الفقهاء في كتبهم من تلك الأمور المنهي عنها اعتمادا علي النصوص الدالة علي ذلك .

والبحث يعرض علي الصفحات التالية لتلك الجملة من هذه الأمور متوخيا الإيجاز قدر الاستطاعة .

****

المطلب الأول : الربـا

لم يبلغ من تغليظ أمر أراد الإسلام إبطاله من أمور الضرر ما بلغ من تغليظ الربا ، ولا بلغ من التهديد في اللفظ والمعني ما بلغ من التهديد في أمر الربا ، قال – تعالي – : ﴿ **الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ** ﴾(١) ، وقال فيمن عاد إلي الربا : ﴿ **فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ** ﴾(٢) ، وقال : ﴿ **يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ** ﴾(٣) ، وقال : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ، فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ** ﴾(٤) .

والربا في الشرع « الزيادة في أشياء مخصوصة »(٥) ، وهو محرم بالكتاب ، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب : فقول الله – تعالي – : ﴿ **وَحَرَّمَ الرِّبَا** ﴾(٦) .

وأما السنة : فروي البخاري من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – عن النبي ﷺ أنه قال : « اجتنبوا السبع الموبقات » . قالوا : يا رسول الله ، وما هن؟ قال : « الشرك بالله، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات »(٧)، وروي مسلم عن جابر قال : « لعن رسول الله ﷺ آكل الربا ، وموكله، وكاتبه ، وشاهديه، وقال : هم

---

(١) – آية (٢٧٥) سورة البقرة . (٢) – آية (٢٧٥) سورة البقرة.

(٣) – آية (٢٧٦) سورة البقرة.

(٤) – آية (٢٧٨، ٢٧٩) من سورة البقرة.

(٥) – انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٣) . ط : القاهرة. (٦) – آية (٢٧٥) سورة البقرة.

(٧) – البخاري مع الفتح (٥/ ٤٦٢) كتاب الوصايا ، باب: «قول الله –تعالي– : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامي ظلماً ﴾» .

سواء»(١) ، والأخبار سوي هذين كثيرة جدا .

وأما الإجماع : فإن الأمة أجمعت علي أن الربا محرم ، فهذا ما لا ينازع فيه مسلم (٢) .

لكنه يرد شيء من الخلاف في بعض المعاملات : أهي من الربا فتكون محرمة؟ أم لا يصدق عليها هذا الوصف- وصف أنها ربا - فتكون خارجة عن حدود الحرمة؟

وقد خلص أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي بعد بحث واستقصاء إلي هذه النتائج التي هي -بحق- فصل الكلام في ذلك (٣) .

النتيجة الأولي : أن كل زيادة في مال مستحق محددة المقدار سلفا مقابل أجل محدد هي ربا لا شك فيه، سواء كان المال المستحق في أصله : قرضا ، أو دينا ، أو استثمارا ، أو وديعة ..... أو غير ذلك، وسواء كانت الزيادة مقابل الأجل شيئا متفقا عليه من أول المعاملة ، أو كانت شيئا يستحدث بين الطرفين عند عدم دفع المال عندما يأتي موعد استحقاقه ، وسواء كان أصل المال المستحق قرضا استهلاكيا لمحتاج ، أو كان قرضا إنتاجيا لمستثمر ، فلا تأثير لذلك كله في الحكم، وهو أن المعاملة المتضمنة زيادة محددة المقدار سلفا مقابل أجل محدد - من أشد ألوان الربا الذي ورد النهي عنه بنصوص القرآن والسنة .

النتيجة الثانية : أنه إذا حدث تبادل أو صرف شيء بجنسه اشترط لصحة المعاملة شرطان : التماثل (التساوي) ، والتقابض . أما إذا اختلف

---

(١) - مسلم بشرح النووي (١١٠/٤) كتاب المساقاة والمزارعة ، باب : «الربا».

(٢)- انظر: المغني لابن قدامة (٣/٤) . ط : القاهرة.

(٣) - انظر: الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي (١٩١، وما بعدها) . ط : مكتبة الشباب .

الصنفان المبدل والمبدل منه ، فهناك شرط واحد لصحة المعاملة ، وهو التقابض ، وهذا واضح من نصوص متعددة، منها قول النبي - ﷺ - : « الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح .. مثلا بمثل ، سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » (١) .

وهذه الأصناف الستة الواردة في الحديث مجمع علي جريان الربا فيها علي النحو السابق، لكن هل يجري الربا في غيرها ؟

قال ابن قدامة : « واختلف أهل العلم فيما سواها ، فحكي عن طاووس، وقتادة : انهما قصرا الربا عليها . وقالا : لا يجري في غيرها . وبه قال داود ، ونفاة القياس. وقالوا ما عداها علي أصل الإباحة؛ لقول الله - تعالي - : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾، واتفق القائلون بالقياس علي أن ثبوت الربا فيها بعلة ، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتها ؛ لأن القياس دليل شرعي . فيجب استخراج علة هذا الحكم ، وإثباته في كل موضع وجدت علته فيه ، وقول الله - تعالي - : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ يقتضي تحريم كل زيادة؛ إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا علي تخصيصه، وهذا يعارض ما ذكروه » (٢) .

والحاصل : أن جمهور الفقهاء علي أن الربا يتجاوز هذه الأصناف إلي غيرها مما يشاركها في العلة، وهذا - كما قال استاذنا الدكتور محمد بلتاجي - هو الصحيح (٣) ؛ لتضافر الأدلة علي اعتبار القياس .

---

(١) - أخرجه مسلم : مسلم بشرح النووي (٩٨/٤) كتاب المساقاة والمزارعة ، باب : «الربا» من حديث عبادة بن الصامت.

(٢) - المغني لابن قدامة (٤/٤). ط : القاهرة.

(٣) - انظر : الملكية الفردية (١٩٣).

لكن جمهور الفقهاء اختلفوا فيما بينهم في تحديد العلة التي تقاس عليها في هذه الأصناف.

والمختار من ذلك: أن العلة في النقدين هي (الثمنية) - يعني أنهما أثمان الأشياء - وهو قول الشافعي؛ ومالك، ورواية عن أحمد[1]، في مقابل قول أبي حنيفة ورواية أخري عن أحمد[2] في أن العلة فيهما هي الوزن.

وكما يقول ابن القيم - بحق -: فإن القول الأول هو الصواب؛ لأدلة: منها أن التعليل بالوزن ليس فيه مناسبة، فهو طرد محض، بخلاف التعليل بالثمنية، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محددا مضبوطا لا يرتفع ولا ينخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع. وحاجة الناس إلي ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء، ويستمر علي حالة واحدة، ولا يقوم هو بغيره، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس، ويقع الخلف، ويشتد الضرر[3].

---

(١) - انظر: المجموع شرح المهذب للنووي (٣٩٢/٩)، ومقدمات ابن رشد مع المدونة (١٧٥/٣)، والمغني لابن قدامة (٥/٤). ط: القاهرة.

(٢) - انظر: متن القدوري ص ٣٨، والهداية (٦١/٣)، وحاشية رد المحتار مع الدر المختار(١٨١/٥، ١٨٢، ١٨٤).

- وانظر: المغني لابن قدامة (٥/٤). ط: القاهرة. وهذه الرواية نقلها عن أحمد الجماعة، وذكرها الخرقي، وابن أبي موسي، وأكثر الأصحاب، وهو قول النخعي، والزهري، والثوري، وإسحاق.

(٣) - انظر: إعلام الموقعين (١٥٦/٢). وقد نقض ابن القيم علة الوزن - أيضا - بالإجماع علي جواز إسلامهما - أي إسلام الذهب والفضة - في الموزونات من النحاس، والحديد وغيرهما.

ويزيد أستاذنا الدكتور بلتاجي من وضوح الأمر حيث يقول : إنه يكفي لإثبات عدم صحة التعليل بالوزن في النقدين أنه يؤدي إلي عدم جريان الربا في النقود الورقية المستعملة الآن في جميع البلاد ، وكذلك النقود المعدنية من غير الذهب والفضة ؛ لأن ذلك كله لا يوزن، وهذا غير معقول ؛ لأن معاملات الناس الآن انحصرت تقريبا في هذه النقود المستحدثة التي اتخذت أثمانا للأشياء بدل الذهب والفضة، وغير معقول أن لا يجري الربا في مجال معاملات الناس الآن بحجة أنها لاتوزن ، مع الإجماع علي جريانه نصا فيما كان متخذا من قبل أثمانا للأشياء، أعني الذهب والفضة.

فالثمنية هي العلة الصحيحة الواضحة في النقدين ، ويقاس عليهما كل ما اتخذ – ويتخذ بعد ذلك – ثمنا للأشياء، ومعيارا لها [1] .

هذا فيما يتصل بالعلة في النقدين ، أما العلة في الأصناف الأربعة الأخري (البر، والشعير ، والتمر ، والملح) ، فإن الإمام النووي يلخص أقوال العلماء فيها – في عبارات موجزة – فيذكر أن الشافعي قال : إن العلة فيها كونها مطعومة فيتعدي الربا منها إلي كل مطعوم.

وأما مالك فقال : العلة فيها كونها تدخر للقوت ، وتصلح له ، فعدّاه إلي الزبيب لأنه كالتمر، وإلي القِطْنِيَّة لأنها في معني البر والشعير .

وأما أبو حنيفة فقال : العلة في الأربعة هي الكيل ، فيتعدي إلي كل مكيل : كالجص، والأشنان وغيرهما .

وقال سعيد بن المسيب، وأحمد ، والشافعي (في القديم) : العلة في الأربعة كونها مطعومة، موزونة، أو مكيلة بشرط الأمرين (يعني :

---

(١) – انظر: الملكية الفردية (١٩٤).

اجتماع الطعم مع الوزن أو الكيل) ، فعلي هذا لا ربا في البطيخ، والسفرجل ونحوه مما لا يكال ولا يوزن (١) .

والقول الجامع النافذ – كما يري أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي بحق – هو : أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا : كالأرز، والدخن ، والذرة، والدهن ونحوه ، وما انعدم فيه ذلك فلا ربا فيه : كالنوي ، والقت (٢) .

وما وجد فيه الطعم وحده ، أو الكيل والوزن من جنس واحد، فيحتمل أن يجري فيه الربا ، أو لا ، وعدم جريان الربا فيه أولي ؛ إذ ليس

---

(١)- انظر : شرح النووي علي صحيح مسلم (٤/ ٩٢).

– وانظر للشافعية : المجموع شرح المهذب للنووي (٩/ ٣٩٧). قال النووي : ففي علة تحريم الربا في الأجناس الأربعة قولان ، (أصحهما) وهو الجديد : أنها الطعم فيحرم في كل مطعوم سوء كان ممايكال أو يوزن أو غيرهما .

وانظر للمالكية : القوانين ص ٢١٨، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٧) ، والخرشي (٥/ ٥٧) . والاقتيات – عند المالكية – معناه : ما تقوم به البنية وتفسد بعدمه .

و الادخار معناه : عدم فساده بالتأخير ، ولاحدَّ له علي ظاهر المذهب ، وإنما المرجع فيه للعرف ، وحكي التادلي حدَّه بستة أشهر فأكثر .

وانظر للحنفية : متن القدوري ص ٣٨، والهداية (٣/ ٦١)، وحاشية رد المحتار علي الدر المختار (٥/ ١٨١، ١٨٢، ١٨٤).

وانظر للحنابلة : المغني لابن قدامة (٤، ٥، ٦) . ط : القاهرة .

(٢) القِطْنِيَّة : اسم جامع للحبوب التى تطبخ ، وذلك مثل العدس ، والباقِلاَّء ، واللُّوبيا ، والحِمَّص ، والأرز ، والسمسم ، وليس القمح والشعير من القَطَانِيّ .

الجِصُّ : بكسر الجيم معروف ، وهو معربٌ ؛ لأن الجيم والصاد لا يجتمعان فى كلمة عربية ، ولهذا قيل : الإجَّاص ، وجَصَّصْتُ الدار : عملتها بالجِصِّ .

الدُّخْنُ : حبٌ معروف ، والحبَّةُ دُخْنَة .

الدُّهن : بالضم ما يُدْهَنُ به من زيت وغيره .

القَتُّ : حبٌ برى لا ينبته الأدمى ، فإذا كان عام قحط وفقد أهل البادية ما يقتاتون به من لبن وتمر ونحوه دَقُّوهُ وطبخوه واجتزؤا به على ما فيه من الخشونة .

في جريانه فيه دليل موثوق به ، فوجب اطراح ذلك والرجوع إلي أصل الحل [١] .

فهذا القول يحاول الجمع بين مجموع الأدلة ويتمشي مع القواعد العامة للاجتهاد الإسلامي ، ثم هو القدر المتفق عليه بين أكثر أهل العلم[٢] .

وهذا القول الأخير أفضل من القول باقتصار الحرمة علي الأصناف الواردة في الحديث مع أن العقل يدرك علي وجه العموم أن في هذه الأصناف علة ما ينبغي تعديتها إلي غيرها مما يماثلها فيه، وأن تخصيصها بالذكر إنما هو بسبب شيوع التعامل بها في عصر الرسالة .

وهذا القول الجامع – أيضا – أفضل من الانحياز إلي مذهب مما سبق مع انعدام الدليل القاطع الحاسم في أي منها وتعارض الأدلة الضعيفة بعضها مع بعض مما أدي ببعض العلماء إلي منع القياس لعدم ظهور علة جلية [٣] .

ومهما يكن من أمر فإن هناك أمورا أجمع عليها العلماء في القضية كما يقول النووي : «وأجمع العلماء علي جواز بيع الربوي بربوي لا يشاركه في العلة متفاضلا ومؤجلا ، وذلك كبيع الذهب بالحنطة، وبيع الفضة بالشعير وغيره من المكيل .

وأجمعوا علي أنه لا يجوز بيع الربوي بجنسه وأحدهما مؤجل، وعلي أنه لا يجوز التفاضل إذا بيع بجنسه حالا كالذهب بالذهب، وعلي

---

(١) – انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٦، ٧).

(٢) قاله ابن المنذر ، ونقله ابن قدامة في «مغنيه». انظر : المغني (٥/٧) . ط : القاهرة.

(٣)– انظر: الملكية الفردية (١٩٧)، وإعلام الموقعين (٢/١٥٥، ١٥٦).

أنه لا يجوز التفرق قبل التقابض إذا باعه بجنسه أو بغير جنسه مما يشاركه في العلة كالذهب بالفضة، والحنطة بالشعير، وعلي أنه يجوز التفاضل عند اختلاف الجنس إذا كان يدا بيد كصاع حنطة بصاعي شعير .

ولا خلاف بين العلماء في شيء من هذا ، إلا ما سنذكره إن شاء الله - تعالي - عن ابن عباس في تخصيص الربا بالنسيئة » (١) .

أما ما يختص بابن عباس في ذلك فهو ما روي عنه - وعن ابن عمر أيضا - من أنه : « لا ربا إلا في النسيئة »(٢) . فهذا قد روي أن ابن عباس لما سئل عنه : أهو شيء سمعه من رسول الله - ﷺ - أو وجده في كتاب الله؟ قال : « لم أسمعه من رسول الله - ﷺ - ، ولم أجده في كتاب الله، ولكن حدثني أسامة بن زيد أن النبي - ﷺ - قال : « الربا في النسيئة »(٣) ، وقد أجمع أهل العلم علي تحريم ربا الفضل، وترك العمل بحديث أسامة هذا (٤) .

وقد ذكر الإمام مسلم في صحيحه جملة أحاديث تدل علي أن ابن عمر وابن عباس لم يكن بلغهما حديث النهي عن التفاضل في غير النسيئة ، فلما بلغهما رجعا إليه(٥) .

ونقل ابن قدامة رجوع ابن عباس إلي قول الجماعة . قال : روي ذلك الأثرم بإسناده، وقاله الترمذي، وابن المنذر ، وغيرهم (٦) .

---

(١)- شرح النووي علي صحيح مسلم (٩٣/٤، ٩٤).

(٢) - أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح (٤٤٥/٤، ٤٤٦) كتاب البيوع ، باب : «بيع الدينار بالدينار نَسَاءً» .

(٣) أخرجه مسلم: مسلم بشرح النووي (١٠٨/٤) كتاب المساقاة والمزارعة ، باب : «الربا».

(٤) - انظر: شرح النووي علي مسلم (١٠٩/٤) ، والمغني لابن قدامة (٣/٤). ط : القاهرة.

(٥) - راجع صحيح مسلم بشرح النووي (١٠٧/٤، ١٠٨) .

(٦) - انظر : المغني لابن قدامة (٣/٤) ، وسنن الترمذي مع التحفة (٤٤٢/٤).

هذا فضلا عن تلك التوجيهات التي وجه بها العلماء حديث أسامة، والتي منها : أنه منسوخ بالإجماع علي تحريم ربا الفضل كما هو مؤدي الأحاديث الأخري المتعددة والتي تقضي -صراحة- بتحريم ربا الفضل، وهي أحاديث رواها جمع من الصحابة منهم : ابو بكر، وعمر ، وعثمان، وأبو هريرة، وأبو سعيد ، وهشام بن عامر، والبراء، وزيد بن أرقم، وفضالة بن عبيد، وأبو الدرداء، وبلال ، وابن عمر .

أو أن هذه الأحاديث كلها ترجح بروايتها عن الجماعة في مقابل رواية فرد .

أو أنه - يعني حديث أسامة - يحمل علي الأجناس المختلفة التي لا يجري فيها ربا الفضل بمفهوم : فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد .

أو أن حديث أسامة مجمل والأحاديث الأخري مبينة ، فوجب العمل بالمبين ، وتنزيل المجمل عليه ، وهذا جواب الشافعي - رحمه الله-[1] .

وكما قال أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي -بحق- : إنه في ضوء ذلك كله نفهم ما روي من رجوع ابن عباس عن قوله هذا إلي قول الجمهور المجمع عليه، واستغفاره [2] من سبق قوله بذلك، كما نفهم -أيضا- رجوع

---

(١) - انظر: شرح النووي علي مسلم (٤/١٠٩).

ومن العلماء من حمل حديث أسامة علي أنّ المقصود به «أشد أنواع الربا وأغلظه» ، كما يقال لا عالم في البلد إلا زيد ، مع أنّ فيها علماء غيره وإنما القصد نفي الأكمل ، لا نفي الأصل.

ومنهم مَنْ حمله علي تخصيص هذه الأحاديث لحديث أسامة.

ومنهم مَنْ رأي أنّ إباحة ربا الفضل في حديث أسامة بدلالة المفهوم ، وتحريمه بالأحاديث الأخري بدلالة المنطوق ، وهي مقدمة علي دلالة المفهوم وأقوي منه. انظر : فتح الباري (٤/٤٤٧) .

(٢)- انظر: فتح الباري (٤/٤٤٧)، فقد ذكر ابن حجر الرواية عن ابن عباس في ذلك عند الحاكم.

ابن عمر وتشدده بعد ذلك في النهي عن نوعي الربا.

ومهما يكن من أمر فقد كان اجتهادا من رجل أو رجلين من الصحابة مبنيا علي عدم معرفة سنة رسول الله - ﷺ - في ذلك، فلما علما بها ترك كل منهما قوله إلي سنة رسول الله -ص - الثابتة، وهل يسع المسلم غير ذلك ؟! (١) .

هذا وتحريم الشريعة للبيوع الربوية منظور فيه إلي قطع الضرر وسد أبواب المفسدة، ويظهر ذلك في المنع من ربا النسيئة الذي صورته : أن يؤخر دينه ويزيده في المال، وكلما أخره زاده في المال حتي تصير المائة عنده آلافا مؤلفة ، وفي الغالب لا يفعل ذلك إلا معدم محتاج، فإذا رأي أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبذلها له تكلف بذلها ليفتدي من أسر المطالبة والحبس، ويدافع من وقت إلي وقت ، فيشتد ضرره، وتعظم مصيبته، ويعلوه الدين حتي يستغرق جميع موجوده، فيربو المال علي المحتاج من غير نفع يحصل له، ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه، فيأكل مال أخيه بالباطل ، ويحصل أخوه علي غاية الضرر، فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلي خلقه أن حرم الربا، ولعن آكله، ومؤكله، وكاتبه، وشاهديه، وآذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله، ولم يجئ مثل هذا الوعيد في كبيرة غيره، وذلك قطعا لما ذكر من ضرره ومفسدته (٢) .

---

(١)- انظر: الملكية الفردية (٢٠٠).

(٢)- انظر: إعلام الموقعين لابن القيم (٢/١٥٤).

كذلك فإنه يظهر هذا النظر الشرعي إلي قطع الضرر وسد أبواب المفسدة في المنع من ربا الفضل ، ذلك أن في تحريم ربا الفضل معني من معاني سد الذرائع كما صرح به في الحديث، فعن النبي- ﷺ - قال : «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل...، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل..، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما ناجز، والآخر غائب..، إني أخاف عليكم الرماء»(١)، والرماء هو الربا، فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة، وذلك أنهم إذا باعوا الدينار بدينارين، والدرهم بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذي بين النوعين- إما في الجودة، وإما في السكة، وإما في الثقل والخفة، وغير ذلك - تدرجوا بالربح المعجل فيها إلي الربح المؤخر ، وهو عين ربا النسيئة، هذه ذريعة قريبة جدا ، فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة، ومنعهم من بيع دينار بدينارين، ودرهم بدرهمين نقدا ونسيئة، فهذه حكمة معقولة مطابقة للعقول ، وهي تسد عليهم باب المفسدة (٢) .

وبالجملة فإن كل من عامل معاملة الربا علي الدراهم والدنانير- وما في معناهما من النقود الورقية فقد كفر النعمة وظلم ؛ لأنهما خلقا لغيرهما لا لأنفسهما ؛ إذ لاغرض في أعينهما ، فإذا اتجر في أعينهما فقد اتخذهما مقصودا علي خلاف وضع الحكمة؛ إذ طلب النقد لغير ماوضع له ظلم.

ومن معه ثوب، ولا نقد معه فقد لا يقدر علي أن يشتري به طعاما ودابة، إذ ربما لا يباع الطعام والدابة بالثوب ، فهو معذور في بيعه بنقدآخر

---

(١)- أخرجه مالك في الموطأ : الموطأ (٣٩٣) كتاب البيوع، باب : «بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا» .

(٢)- انظر: إعلام الموقعين (٢/ ١٥٥).

ليحصل النقد فيتوصل به إلي مقصوده، فإنهما وسيلتان إلي الغير، لا غرض في أعيانهما ، فأما من معه نقد فلو جاز له أن يبيعه بالنقد ، فيتخذ التعامل علي النقد غاية عمله، فيبقي النقد مقيدا عنده وينزل منزلة المكنوز، وتقييد الحاكم والبريد الموصل إلي الغير ظلم ، كما أن حبسه ظلم، فلا معني لبيع النقد بالنقد إلا اتخاذ النقد مقصودا للادخار، وهو ظلم .

فإن قيل : فلم جاز بيع أحد النقدين بالآخر، ولم جاز بيع الدرهم بمثله؟ فالجواب : أن أحد النقدين يخالف الآخر في مقصود التوصل؛ إذ قد يتيسر التوصل بأحدهما من حيث كثرته : كالدراهم تتفرق في الحاجات قليلا قليلا ففي المنع ما يشوش المقصود الخاص به وهو تيسر التوصل به إلي غيره .

وأما بيع الدرهم بدرهم يماثله فجائز من حيث إن ذلك لا يرغب فيه عاقل مهما تساويا، ولا يشتغل به تاجر، فإنه عبث يجري مجري وضع الدرهم علي الأرض، وأخذه بعينه، ونحن لانخاف علي العقلاء أن يصرفوا أوقاتهم إلي وضع الدرهم علي الأرض ، وأخذه بعينه ، فلا نمنع مما لا تتشوف النفوس إليه .

وأما إذا باع درهما بدرهم مثله نسيئة فإنما لم يجز ذلك؛ لأنه لا يقدم علي هذا إلا مسامح قاصِد الإحسان في القرض ، وهو مكرمة مندوحة عنه لتبقي صورة المسامحة فيكون له حمد وأجر، والمعاوضة لا حمد فيها ولا أجر، فهو – أيضا – ظلم ؛ لأنه إضاعة خصوص المسامحة، وإخراجها في معرض المعاوضة .

وكذلك الأطعمة ، فإنها خلقت ليتغذي بها أو يتداوي بها فلا ينبغي أن تصرف علي جهتها ، فإن فتح باب المعاملة فيها يوجب تقييدها

في الأيدي ويؤخر عنها الأكل الذي أريدت له ، فما خلق الله الطعام إلا ليؤكل، والحاجة إلي الأطعمة شديدة ، فينبغي أن تخرج عن يد المستغني عنها إلي المحتاج إليها ولا يعامِل علي الأطعمة إلا مستغن عنها ؛ إذ من معه طعام فلم لا يأكله إن كان محتاجا؟ ولم يجعله بضاعة تجارة؟ وإن جعله بضاعة تجارة فليبعه ممن يطلبه بعوض غير الطعام ويكون محتاجا إليه، فأما من يطلبه بعين ذلك الطعام فهو - أيضا - مستغن عنه، ولهذا ورد في الشرع لعن المحتكر..، نعم بائع البر بالتمر معذور ؛ إذ أحدهما لا يسد مسد الآخر في الغرض، وبائع صاع من البر بصاع منه غير معذور؛ ولكنه عابث فلا يحتاج إلي منع ؛ لأن النفوس لا تسمح به إلا عند التفاوت في الجودة، ومقابلة الجيد بمثله من الرديء لا يرضي بها صاحب الجيد، وأما جيد برديئين فقد يقصد ، ولكن لما كانت الأطعمة من الضروريات ، والجيد لا يساوي الرديء في أصل الفائدة ، ويخالفه في وجوه التنعم ، أسقط الشرع غرض التنعم فيما هو القوام، قال الإمام أبو حامد الغزالي : «فهذه حكمة الشرع في تحريم الربا ، وقد انكشف لنا هذا بعد الإعراض عن فن الفقه، فلنلحق هذا بفن الفقهيات، فإنه أولي من جميع ما أوردناه في الخلافيات» [1] .

كذلك فإنه يلاحظ أن هناك دعائم قوية يقوم عليها تحريم الربا في جميع صوره، فهناك الدعامة الأخلاقية التي إذا جوزت الربح من طريق المعاملة (البيع) ، فإنها لا تجوزه من طريق المجاملة (القرض) ، وهناك الدعامة الاجتماعية، وهذه تقضي بأن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال بدون أن يكون في مقابل ذلك ضمان ربح للمقترض ، هذا الوضع فيه

(١)- انظر: إحياء علوم الدين (٩٣/٤).

محاباة للمال وإيثار له علي العمل، وبهذه الوسيلة نزيد في توسيع المسافة وتعميق الهوة بين طبقات الشعب بتحويل مجري الثروة وتوجيهها إلي جهة واحدة معينة ، بدلا من أن نشجع المساواة في الفرص بين الجميع ، وأن نقارب بين مستوي الأمة حتي يكون أميل إلي التجانس، وأقرب إلي الوحدة . وإن اللمحة البارزة في التشريع القرآني- وكذلك في كل تشريع اجتماعي جدير بهذا الاسم- هي الحيلولة دون هذه المحاباة لرأس المال علي حساب الجمهور الكادح ، والسعي لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة، إنها لكلمات قصيرة ، ولكنها ذات مدي بعيد ، تلك التي يرسم فيها القرآن دستور هذه السياسة حيث يقول : ﴿ كَيْ لا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ ﴾ (١) .

وهناك أخيرا الدعامة الاقتصادية ، فإنه بمجرد عقد القرض أصبح العمل ورأس المال في يد شخص واحد ، ولم يبق للمقرض علاقة ما بذلك المال ، بل صار المقترض هو الذي يتولي تدبيره تحت مسئوليته التامة لربحه أو لخسره، حتي إن المال إذا هلك أو تلف ، فإنما يهلك أو يتلف علي ملكه، فإذا أصررنا علي إشراك المقرض في الربح الناشئ وجب علينا في الوقت نفسه أن نشركه في الخسارة النازلة ؛ إذ كل حق يقابله واجب ، أو كما تقول الحكمة النبوية : «الخراج بالضمان»(٢)، أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد، فذلك هو معاندة لسنن الله في الوجود...، ومتي قبلنا اشتراك رب المال في الربح والخسر معا، انتقلت المسالة من موضوع القرض إلي صورة معاملة أخري، وهي الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس

---

(١)- آية (٧) سورة الحشر .

(٢)- أخرجه ابن ماجة في سننه من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - : السنن (٧٥٤/٢) كتاب البيوع ، باب : «الخراج بالضمان».

المال والعمل، وهذه الشركة لم يغفلها القانون الإسلامي، بل أساغها ، ونظمها تحت عنوان «المضاربة» أو «القراض» ، غير أنه لكي يقبل رب المال الخضوع لهذا النوع من التعامل يجب أن يكون لديه من الشجاعة الأدبية ما يواجه به المستقبل في كل احتمالاته، وهذه فضيلة لا يملكها المرابون؛ لأنهم يريدون ربحا بغير مخاطرة ، وذلك هو ما يسمي تحريف قواعد الحياة ومحاولة تبديل نظمها .

والحاصل : أن الربا ينشئ في النهاية نظاما يسحق البشرية سحقا، ويشقيها في حياتها أفرادا ، وجماعات ، ودولا، وشعوبا ، لمصلحة حفنة من المرابين ، ويحطها أخلاقيا، ونفسيا ، وعصبيا ، ويحدث الخلل في دورة المال ونمو الاقتصاد البشري نموا سويا، وينتهي -كما انتهي في العصر الحديث- إلي تركيز السلطة الحقيقية والنفوذ العملي علي البشرية كلها في أيدي زمرة من أحط الخلق ، وأشدهم شرا وشرذمة، ممن لا يرعون في البشرية إلا ولا ذمة ، ولا يرقبون فيها عهدا ولا حرمة ...، وهؤلاء هم الذين يداينون الناس أفرادا ، كما يداينون الحكومات والشعوب- في داخل البلاد وفي خارجها - وترجع إليهم الحصيلة الحقيقية لجهد البشرية ، وكد الآدميين ، وعرقهم ، ودمائهم، في صورة فوائد ربوية لم يبذلوا فيها جهدا[1] !!

ذلك هو الربا ، وتلك هي بعض شروره، ومفاسده، ومن هنا فإننا ندرك أن الشريعة ترمي من تحريم صوره المختلفة إلي قطع المضار ودرء المفاسد والشرور.

---

(١) انظر: ما أثبته الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه «مصادر الحق في التشريع الإسلامي»- من محاضرة الأستاذ محمد عبد الله دراز في مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة ١٩٥١. (جـ٣/ ٢٢٩، ٢٣٠) ، وما قاله الأستاذ سيد قطب - رحمه الله تعالي - في تفسيره «في ظلال القرآن» (جـ١/ ٣٢٠، وما بعدها).

وبهـذا فإنه يكون البحث قد فرغ من مطلب تحريم الربا – باعتباره صورة من صور أكل المال بالباطل المنهي عنه – قطعا للضرر ، ودرءا للمفسدة، ونعرض بعد ذلك لصورة أخري من صور الإضرار في المعاملات المالية ، حيث إنه يوجد فيها هذا المعني : معني أكل المال بالباطل، وهي بيوع الغرر ، وذلك من خلال المطلب التالي .

****

المطلب الثاني : الغرر

والأصل في ذلك أن رسول الله – ﷺ – «نهي عن بيع الغرر»[1]، والغرر هو ما طوي علمه، وخفي باطنه وسره، وهو مأخوذ من قولهم : طويت الثوب علي غَرِّه. أي علي كسرهِ الأول ، وكل بيع كان المقصود منه مجهولا غير معلوم، ومعجوزا عنه غير مقدور عليه ، فهو غرر .....، وإنما نهي النبي –ﷺ – عن هذه البيوع تحصينا للأموال أن تضيع ، وقطعا للخصومة والنزاع : أن يقعا بين الناس[2]، فلا يقع – بذلك – الضرر.

وقد ذكر فقهاء المذاهب تعريفات للغرر بعضها قريب من بعض ، منها قول السرخسي الحنفي : الغرر : ما يكون مستور العاقبة [3] .

وقال القرافي المالكي : أصل الغرر: هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا : كالطير في الهواء ، والسمك في الماء[4] .

وقال الشيرازي الشافعي : الغرر ما انطوي عنه أمره ، وخفي عليه عاقبته [5].

وقال الإسنوي الشافعي : الغرر ماتردد بين شيئين أغلبهما أخوفهما[6] .

---

(١) – أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة –رضي الله عنه – قال : «نهي النبي –ﷺ – عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر». مسلم بشرح النووي (٤/ ٥) كتاب البيوع ، باب . «بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر» .

(٢) – انظر: معالم السنن للخطابي (٥/ ٤٧).

(٣)– المبسوط (١٢/ ١٩٤).

(٤) – الفروق (٣/ ٢٦٥).

(٥) – المهذب مع المجموع (٩/ ٢٥٧).

(٦)– نهاية السول شرح منهاج الوصول (٢/ ٨٩).

وقال ابن تيمية : الغرر هو المجهول العاقبة . وقال ابن القيم : هو مالا يقدر علي تسليمه سواء أكان موجودا ، أم معدوما : كبيع الآبق ، والبعير الشارد إن كان موجودا [١] .

والحاصل من كل هذه التعريفات : أن بيع الغرر بيع يتضمن خطرا يلحق أحد المتعاقدين ، فيؤدي إلي ضياع ماله ؛ ذلك أنه بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه، أو لا تعلم قلته وكثرته ، أو لا يقدر علي تسليمه . وهكذا فإن هذه التعريفات تتكامل فيما بينها لتؤدي معني الغرر علي نحو جامع لكل صوره، وليست تتعارض ، بل بعضها قريب من بعض ومتمّم له .

هذا والغرر يوجد في المبيعات «من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه، أو تعيين العقد، أو من جهة الجهل بوصف الثمن ، أو المثمون (المبيع) ، أو بقدره، أو بأجله إن كان هناك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده ، أو تعذر القدرة عليه (وهذا راجع إلي تعذر التسليم) ، وإما من جهة الجهل بسلامته ، أعني بقاءه» [٢] .

ووجوه الغرر في ذلك كثيرة لاتحصي ، فمن ، ذلك : بيع العبد الآبق، والجمل الشارد، والجنين في بطن أمه، ومن ذلك مانهي عنه النبي - ﷺ - من بيع الملامسة ، والمنابذة [٣]، والملامسة : أن يلمس الرجل الثوب ولا ينظر إليه ولا يتأمل ما فيه، أو يبتاعه ليلا ولاينظر ما فيه ، والمنابذة : أن ينبذ الرجل إلي الرجل ثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه علي غير تأمل منهما ،

---

(١) - إعلام الموقعين (٢/٢٨)، والفتاوي لابن تيمية (٣/٢٧٥).

(٢)- بداية المجتهد لابن رشد (٢/١٦٩).

(٣)- أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة، وأبي سعيد الخدري : مسلم بشرح النووي (٤/٤) كتاب البيوع ، باب: « إبطال بيع الملامسة والمنابذة» .

ويقول كل واحد منهما هذا بهذا ، فهذا الذي نهي عنه من الملامسة والمنابذة، ومن ذلك نهيه - ﷺ - عن المضامين والملاقيح[1] ، والمضامين ما في بطون الإناث ، والملاقيح ما في ظهور الجمال ، وقيل بعكس ذلك : إن المضامين ما في بطون الجمال ، والملاقيح ما في بطون الإناث ، ومن ذلك نهيه - ﷺ - عن بيع حبل الحبلة [2] ، هو : بيع نتاج النتاج ، وقيل : هو البيع إلي نتاج النتاج، وأي الأمرين كان ، فهو غرر إما في المثمون ، وإما في أجل الثمن، ومن ذلك نهيه - ﷺ - عن بيع الحصاة [3] ، وهو : أن يساوم الرجل الرجل السلعة وبيد أحدهما حصاة ، فيقول لصاحبه : إذا سقطت الحصاة من يدي فقد وجب البيع بيني وبينك ، وقيل : وهو أن تكون السلعة منشورة فيرمي المبتاع حصاة، فأيهما وقعت عليه وجبت له بما سميا من الثمن ، وأي ذلك كان فهو - أيضا - من الغرر المنهي عنه ، ومن ذلك نهيه - ﷺ - عن بيع العربان[4] ، وتفسيره : أن يشتري الرجل السلعة ويعطيه دينارا، أو درهما، فيقول له إن أخذتها فذلك من الثمن ، وإن تركتها كان ذلك باطلا بغير شيء ، وذلك - أيضا- غرر بين ، وكانت هذه كلها بيوعا كان أهل الجاهلية يتبايعون بها، فنهي النبي - ﷺ- عنها؛

---

(١) - أخرج مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب، أنه قال : « لا ربا في الحيوان وإنما نهي من الحيوان عن ثلاثة : عن المضامين ، والملاقيح، وحبل الحبلة» . الموطأ (ص ٤٠٦) كتاب البيوع ، باب: « ما لا يجوز من بيع الحيوان».

(٢)- أخرجه مسلم من حديث نافع عن عبد الله بن عمر: مسلم بشرح النووي (٤/٦) كتاب البيوع ، باب : « تحريم بيع حبل الحبلة».

(٣)- تقدم تخريجه عند مسلم .

(٤)- أخرجه أبو داود في سننه : معالم السنن (١٤٢/٥) كتاب البيوع، باب في : «بيع العربان» . قال المنذري : وأخرجه ابن ماجة ، وهذا - أي : رواية أبي داود - منقطع ، وأخرجه ابن ماجة مسندا ، وفيه حبيب كاتب الإمام مالك، وعبد الله بن عامر الأسلمي، ولا يحتج بهما . انظر : مختصر السنن للمنذري (١٤٢/٥) .

لأنها من أكل المال بالباطل ، وقد قال الله- تعالي - : ﴿ لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُم ﴾[1] .

فمعناه : تجارة لاغرر فيها ولامخاطرة ؛ لأن الغرر يفضي إلي النزاع ووقوع الضرر .

وعلي هذا فإنه لا يصح البيع إلا أن يكون سالما من الغرر ، لكنه لما كان نفي جميع أنواع درجات الغرر (الجهالة) بصورة كاملة - أمرا مستحيلا علي المتبايعين ، ضبط العلماء الغرر الممنوع منه بالكثير الفاحش، لا القليل الحقير .

وفي هذا يقول ابن رشد : « فلا يصح البيع إلا أن يكون سالما من الغرر الكثير ؛ لأن الغرر اليسير الذي لاتنفك البيوع منه مستخف مستجاز »[2] ، وإنما يقع الاختلاف بين العلماء في فساد بعض أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر: هل هو من جنس الكثير الداخل تحت نهي النبي - ﷺ- عن بيع الغرر المانع من صحة العقد، أو من جنس اليسير المستخف المستجاز في البيوع الذي لا يمنع من صحة العقد؟

والحاصل : أن العلماء اتجهوا - مستأنسين بقواعد الشريعة - إلي التفرقة بين الغرر المفسد للعقود (وهو المقصود في أحاديث النهي) والغرر المتسامح فيه تطبيقا لقواعد الشريعة في رفع الحرج وإلغاء الضرر، وذلك في إطار من هذه الضوابط الثلاثة، بحيث إذا وجدت في المعاملة - المتضمنة شيئا من الغرر - لم يكن الغرر فيها من النوع المفسد للعقود ، وهذه الضوابط الثلاثة هي :

---

(١)- آية (٢٩) سورة النساء .

(٢) - مقدمات ابن رشد مع المدونة (٣/٢٠٨، ٢٠٩) .

١- أن يكون الغرر حقيرا صغيرا .

٢- وأن تدعو حاجة الناس إلي المعاملة .

٣- وأن لايمكن الاحتراز عن الغرر إلا بمشقة معتبرة .

وفي هذا يقول الإمام النووي - رحمه الله تعالي - : «الأصل أن بيع الغرر باطل..، والمراد: ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، فأما ما تدعو الحاجة إليه ، ولا يمكن الاحتراز عنه : كأساس الدار ، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو اكثر ، وذكر أو انثي ، وكامل الأعضاء أو ناقصها ، وكشراء الشاة في ضرعها لبن، ونحو ذلك، فهذا يصح بيعه بالإجماع .

ونقل العلماء الإجماع - أيضا - في أشياء غررها حقير ، منها : أن الأمة أجمعت علي صحة بيع الجبة المحشوة، وإن لم ير حشوها، ولو باع حشوها منفردا لم يصح .

وأجمعوا علي جواز إجارة الدار شهرا مع أنه قد يكون ثلاثين يوما ، وقد يكون تسعة وعشرين .

وأجمعوا علي جواز دخول الحمام بأجرة، وعلي جواز الشرب من ماء السقاء بعوض مع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء ، أو مكثهم في الحمام .

قال العلماء : مدار البطلان بسبب الغرر ، والصحة مع وجوده علي ما ذكرناه ، وهو أنه : إذا دعت الحاجة إلي ارتكاب الغرر ، ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة، أو كان الغرر حقيرا، جاز البيع، وإلا فلا .

وقد يختلف العلماء في بعض المسائل : كبيع العين الغائبة[١] ، وبيع الحنطة في سنبلها[٢] ، ويكون اختلافهم مبنيا علي هذه القاعدة ، فبعضهم يري الغرر يسيرا لا يؤثر، وبعضهم يراه مؤثرا، والله - سبحانه وتعالي - أعلم»[٣] .

هذا ويضيف الإمام القرافي المالكي إلي الضوابط الثلاثة السابقة مقياسا آخر يصلح معها - كما يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي بحق - ليكون الأساس الفقهي للتفرقة بين ما يبطل من البيوع بسبب الغرر، وما لا يبطل بسببه[٤] ، وبهذا المقياس يقول شيخ الإسلام ابن تيمية -أيضا- .

أما القرافي فيعبر عن هذا المقياس بقاعدة «الفرق بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة ما لايؤثر فيه ذلك من التصرفات» ، ويقول فيها : «وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه- عليه السلام- عن بيع الغرر، وعن بيع المجهول . واختلف العلماء بعد ذلك فمنهم من عمَّمَه في التصرفات -وهو الشافعي- فمنع من الجهالة في الهبة، والصدقة، والصلح، والخلع ...، وغير ذلك .

---

(١)- وبيع الأعيان الغائبة مع الصفة هو مذهب مالك ، وأحمد .

ومذهب الحنفية : جواز بيع العين الغائبة من غير رؤية، ولا وصف ، فإذا رآها المشتري كان له الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده.

أما مذهب الشافعية : فالأظهر عندهم هو عدم صحة بيع الأعيان الغائبة مطلقا.

انظر للمالكية: الخرشي (٣٤/٥، ٣٥)، والشرح الكبير (٢٥/٣، ٢٦) ، والقوانين (ص : ٢٢٠) ، وبداية المجتهد (١٧٧/٢).

وانظر للحنابلة: المبدع (٢٦/٤، ٢٧) ، وغاية المنتهي (١١٠/٢) . وانظر للحنفية : بدائع الصنائع (١٦٣/٥) ، والهداية (٣٢/٣). وانظر للشافعية : المجموع للنووي (٢٨٨/٩) ، والروضة (٣٦٨/٣، وما بعدها).

(٢) - وجواز هذا البيع هو مذهب الجمهور . انظر: بداية المجتهد (١٧٩/٢) ، والقوانين (ص ٢٢١)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥٥٩/٤)، والمبدع (٣٣/٤، ٣٤).

(٣)- المجموع للنووي (٢٥٨/٩).

(٤)- انظر: الملكية الفردية (٢٠٤).

ومنهم من فصل - وهو مالك - بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة ، وهو باب المماكسات ، والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال ، وما يقصد به تحصيلها ، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة ، وهو ما لا يقصد لذلك.

وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام : طرفان ، وواسطة.

فالطرفان : **أحدهما** معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة.

وثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال : كالصدقة، والهبة ، والإبراء، فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت علي من أحسن إليه بها لا ضرر عليه فإنه لم يبذل شيئا ، بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه .

أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه ، فاقتضت حكمة الشرع حثه علي الإحسان ، والتوسعة فيه بكل طريق : بالمعلوم ، والمجهول ، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا ، وفي المنع من ذلك وسيلة إلي تقليله ، فإن وهب له عبده الآبق جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به ، ولاضرر عليه إن لم يجده؛ لأنه لم يبذل شيئا ، وهذا فقه جميل» ، ثم يبين القرافي أن الواسطة بين الطرفين هو النكاح، فتوسط فيه الإمام مالك «فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير»(١) .

وأما ابن تيمية - رحمه الله تعالي - فوجهته في ذلك : أن ما كان من المعاوضات التي من جنس البيوع مما مقصودها المال فإنه يعفي عن الغرر

---

(١)- الفروق(١/١٥٠،١٥١).

اليسير الذي يحتمل في العقود ، وتدعو حاجة الناس إليه ، وفي تحريمه علي المتبايعين من الضرر ما يربو علي المتصور أنه مصلحة لهما (أي: في حالة المنع).

أما ما لم يكن من جنس البيوع مما العوض فيه عما ليس بمال- كالصداق ، والكتابة، والفدية في الخلع، والصلح عن القصاص ، والجزية ، والصلح مع أهل الحرب - فليس بواجب أن يعلم الثمن ، والأجرة، ولايقاس علي بيع الغرر كل عقد علي غرر ؛ لأن الأموال إما أنها لا تجب في هذه العقود ، أو ليست هي المقصود الأعظم منها ، وما ليس هو المقصود إذا وقع فيه غرر لم يفض إلي المفسدة المذكورة في البيع، بل يكون إيجاب التحديد في ذلك فيه من العسر والحرج المنفي شرعا ما يزيد علي ضرر ترك تحديده [١] .

وبناء عليه فإنه إذا أضيف هذا المقياس - الذي قرره المالكية ، وقال به ابن تيمية - إلي الضوابط الثلاثة التي قال بها العلماء ، خلصنا من ذلك : بأن الغرر لو كان حقيرا ، وكان الناس في حاجة إلي المعاملة، ولم يمكن الاحتراز منه إلا بمشقة - لم يؤثِّر ذلك في صحة المعاملة .

أما إذا كان الغرر كثيرا نظر، فإن كان في المعاوضات الصرفة حرمت المعاملة ، ولم يبح منها إلا ما تبيحه الضرورات الشرعية بشروطها .

وإن كان الغرر الكثير في تصرفات الإحسان الصرف (الخالية من المعاوضة) : كالهبة ، والوصية، ونحوهما- لم يحرم الغرر الكثير التصرف، ومثل هذا يكون عند ابن تيمية فيما لو حصل الغرر في التصرفات التي ليست مقصودها المال.

---

(١) - انظر: مجموع الفتاوي (٢٩/٥٥) .

ومجموع هذا - كما يقول أستاذنا الدكتور بلتاجي بحق - يصلح ليكون الأساس الفقهي للنظر إلي المعاملات والتصرفات المالية المعاصرة من حيث الغرر[1] .

والذي يلاحظ من مجموع ما سبق أن تحريم الفقه الإسلامي للغرر منظور فيه إلي قطع الضرر ودرء المفسدة ؛ ذلك أن الغرر يفضي إلي ضياع الأموال وأكلها بالباطل ، فيكون النزاع ، وهذا يؤدي إلي وقوع المضار وحصول المفاسد علي اختلاف أنواعها ، وتعدد ألوانها، علي أننا نلاحظ في ذات الوقت أن هذا التحريم للغرر يكون وفق ضوابط محددة، ومقاييس منضبطة تمنع من أن يقع ضرر أكبر بسبب ذلك.

وبهذا يكون البحث قد فرغ من مطلب : تحريم الغرر باعتباره صورة من صور أكل المال بالباطل المنهي عنه، ونعرض - فيما يلي - لصورة أخري من صور الإضرار في المعاملات المالية ؛ ذلك أنه يوجد فيها معني أكل المال بالباطل ، وهي الغش وذلك من خلال المطلب التالي .

****

---

(١)- انظر: الملكية الفردية (٢٠٥) .

المطلب الثالث : الغش

والأصل في هذا ما أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رسول الله – ﷺ – مر علي صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا فقال : « ما هذا يا صاحب الطعام؟ »

قال : أصابته السماء يا رسول الله . قال : « أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ، من غش فليس مني » (1) .

وما أخرجه – أيضا – عن أبي هريرة أن النبي – ﷺ – قال : « . . ومن غشنا فليس منا » (2) .

فالحديثان ظاهران في الدلالة علي تحريم الغش باعتباره وسيلة إلي أكل مال الغير بالباطل ؛ إذ حقيقة الغش : عدم إعلان ما في السلعة من نقص وعيب ولو لم يبذل جهدا في إخفائه، بحيث تحتمل أن يزاد في ثمنها، هكذا بالباطل والخداع .

ومثل هذا يتنافي مع ما جاءت به الشريعة من عصمة المال عن الإضرار به ؛ ولذا فإنها حرمت الغش بصورتيه : السلبية (وهي مجرد السكوت عن العيب والنقص) ، والإيجابية (وهي القيام بجهد ما في إخفاء العيب أو تزيين السلعة) ، وهذه الصورة الثانية أعلي صورتي الغش، وأشدهما في التحريم، ويعبر عن مجموع هذا في الاصطلاح الفقهي بـ « التدليس » .

فالتدليس هو : أن يخدع أحد العاقدين الآخر بأن يزين له شيئا في

---

(1) – صحيح مسلم بشرح النووي (1/ 299) كتاب الإيمان ، باب : «قول النبي – صلي الله عليه وسلم– : «من غشنا فليس منا» .

(2) – المصدر السابق .

المعقود عليه – علي أنه ليس موجودا حقيقة – بوسيلة موهمة : قولية أو فعلية ، تحمله علي الرضا في العقد بما لم يكن ليرضي به لولاها ، أو بأن يعمد إلي إخفاء العيب ، فيكتمه ولا يبينه .

أو هو بتعبير آخر : حمل الغير علي التصرف الضار بماله – أو بنفسه– بإرادته واختياره؛ بتزيين هذا التصرف له، وإقناعه به ، وفي هذا المعني يقول اليحنوردي: إن التدليس « صدور فعل عنه أوجب الضرر عليه بواسطة انخداعه عن آخر» (١) .

وبهذا فإنه يكون التدليس – بوسائله المختلفة – من قبيل أكل مال الغير بالباطل ، و من ثم فإن الشريعة نظرت إليه علي أنه ضرر معتبر فحرمته ونهت عن اتخاذه، ويدل علي هذا جملة نصوص حديثية نشير فيما يلي إلي بعضها :

١– أخرج البخاري في باب : « ما يكره من الخداع في البيع » من حديث عبد الله بن عمر– رضي الله عنهما – : أن رجلا (٢) ذكر للنبي –ﷺ – أنه يخدع في البيوع– وفي رواية ابن إسحاق : فشكا إلي النبي –ﷺ –ما يلقي من الغبن(٣) – فقال (يعني النبي –ﷺ –) : « إذا بايعت فقل لا خلابة »(٤) . قال ابن حجر: زاد ابن إسحاق في رواية يونس بن بكير، وعبد الأعلي عنه: « ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث

---

(١) – القواعد الفقهية لليحنوردي (١/ ٢٢٥) . والتدليس والتغرير بمعني واحد .

(٢) – وهذا الرجل هو حبان – بفتح الحاء ، وبالباء الموحدة – بن منقذ بن عمرو ... ، وكان قد بلغ مائة وثلاثين سنة ، وكان قد شج في بعض مغازيه مع النبي – صلي الله عليه وسلم – في بعض الحصون بحجر ، فأصابته في رأسه مأمومة فتغير بها لسانه وعقله ، لكن لم يخرج عن التمييز . شرح النووي علي مسلم (٤/ ٢٤) .

(٣) – فتح الباري (٤/ ٣٩٥) .

(٤)– البخاري مع الفتح (٤/ ٣٩٥) كتاب البيوع ، باب : «ما يكره من الخداع في البيع» .

ليال، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد» [1] .

والخلابة : الخديعة ، ومعني قوله «لا خلابة» : لا خديعة . أي : لا تَحِلُّ لك خديعتي ، أو لا يلزمني خديعتك [2] .

وأما قوله (ثم أنت بالخيار) فيدل علي ثبوت الخيار للمخدوع : فإن شاء أمضي العقد، وإن شاء أبطله إذا ثبتت الخديعة ، والمقصود من هذا الخيار : رفع الضرر الحاصل للعاقد بسبب الخديعة .

٢- أخرج البخاري في باب : « النجش، ومن قال : لا يجوز ذلك البيع[3] » من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما- قال : « نهي النبي - ﷺ - عن النجش »[4] . قال البخاري : وقال ابن أبي أوفي : « الناجش آكل ربا خائن» ، وهو خداع باطل ، لا يحل ، قال النبي - ﷺ - : « الخديعة في النار، ومن عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »[5] .

---

(١) - فتح الباري (٤/ ٣٩٦) . (٢) - شرح النووي علي مسلم (٤/ ٢٤) .

(٣)- قال ابن حجر : كأنه يشير إلي ما أخرجه عبد الرزاق من طريق عمر بن عبد العزيز «أن عاملاً له باع سبيًا ، فقال له : لولا أني كنت أزيد فأنفقه لكان كاسداً ، فقال له عمر : هذا نجش ، لا يحل، فبعث مناديًا ينادي أن البيع مردود ، وأن البيع لا يحل» . فتح الباري (٤/ ٤١٦) .

(٤)- البخاري مع الفتح (٤/ ٤١٦) كتاب البيوع ، باب : «النجش ، ومن قال : لا يجوز ذلك البيع» . قال ابن بطال : أجمع العلماء علي أن الناجش عاص بفعله ، واختلفوا في البيع إذا وقع علي ذلك ، ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع ، وهو قول أهل الظاهر ، ورواية عن مالك ، وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان ذلك بمواطأة البائع أو صنعه، والمشهور عند المالكية في مثل ذلك : ثبوت الخيار ، وهو وجه للشافعية قياسًا علي المصراة ، والأصح عندهم : صحة البيع مع الإثم ، وهو قول الحنفية. فتح الباري (٤/ ٤١٦) .

(٥)- البخاري مع الفتح (٤/ ٤١٦) . وأطلق ابن أبي أوفي علي من أخبر بأكثر مما اشتري به : أنه ناجش ؛ لمشاركته لمن يزيد في السلعة وهو لا يريد أن يشتريها في غرور الغير ، فاشتركا في الحكم لذلك ، وكونه آكل ربا بهذا التفسير .

والنجش في اللغة : تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد ، وفي الشرع : الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها ليخدع غيره فيها ويغره؛ ليزيد ويشتريها ؛ سمي بذلك لأن الناجش يثير الرغبة في السلعة ، ويقع ذلك بمواطأة من البائع، فيشتركان في الإثم، ويقع ذلك بغير علم البائع فيختص بذلك الناجش، وقد يختص به البائع :كمن يخبر بأنه اشتري سلعة بأكثر مما اشتراها به ليغر غيره بذلك (١) .

٣- أخرج البخاري ومسلم عن أبي هريرة- رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال : «لا تصروا الإبل ، والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها : إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاع تمر»(٢) . قال الخطابي : اختلف العلماء وأهل اللغة في تفسير (المصراة) وفي اشتقاقها، فقال الشافعي : التصرية أن يربط أخلاف الناقة أو الشاة، ويترك حلبها اليومين والثلاثة حتي يجمع لبنها فيزيد مشتريها في ثمنها بسبب ذلك ؛ لظنه أنه عادة لها، وقال أبو عبيد : هو من صري اللبن في

---

(١)- انظر : فتح الباري (٤/ ٤١٦) ، وشرح النووي علي مسلم (٤/ ٨) .

هذا وقيد ابن عبد البر ، وابن العربي ، وابن حزم التحريم بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل . قال ابن العربي : فلو أن رجلاً رأي سلعة رجل تباع بدون قيمتها فزاد فيها لتنتهي إلي قيمتها لم يكن ناجشًا عاصيًا يؤجر علي ذلك بنيته ، وقد وافقه علي ذلك بعض المتأخرين من الشافعية .

وقد تعقب ذلك ابن حجر ، فقال : وفيه نظر ؛ إذ لم تتعين النصيحة في أن يوهم أنه يريد الشراء ، وليس من غرضه ، بل غرضه أن يزيد علي من يريد الشراء أكثر مما يريد أن يشتري به ، فللذي يريد النصيحة مندوحة عند ذلك أن يعلم البائع بأن قيمة سلعتك أكثر من ذلك ، ثم هو باختياره بعد ذلك ، ويحتمل أن لا يتعين عليه إعلامه بذلك حتي يسأله ؛ للحديث الآتي : «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» . فتح الباري (٤/ ٤١٧) .

(٢)- صحيح البخاري مع الفتح (٤/ ٤٢٢ ، ٤٢٣) كتاب البيوع ، باب : «النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر ، والغنم » . وصحيح مسلم بشرح النووي (٤/ ٦) كتاب البيوع ، باب «تحريم بيع الرجل علي بيع أخيه وسومه علي سومه وتحريم النجش والتصرية» .

ضرعها . أي حقنه فيها ، وأصل التصرية حبس الماء ، ولو كانت من الربط لكانت مصرورة، أو مصررة. قال الخطابي : وقول أبي عبيد حسن ، وقول الشافعي صحيح[1] .

وعلي هذا فإنه يكون معني قوله (لا تصروا الإبل والغنم ....) : لا تجمعوا اللبن في ضرعها عند إرادة بيعها ، حتي يعظم ضرعها، فيظن المشتري أن كثرة لبنها عادة مستمرة، فيزيد في ثمنها .

والتصرية بهذا حرام سواء تصرية الناقة ، والبقرة، والشاة، والجارية، والفرس ، والأتان وغيرها ؛ لأنه غش وخداع[2] ، وأكل لمال الغير بالباطل ، وللمشتري الخيار في إمساكها ، وردها .

والحديث فيه دليل علي تحريم التدليس في كل شيء...، وأن التدليس بالفعل حرام كالتدليس بالقول[3] . وهكذا فإنه يثبت لنا من هذه النصوص أن الشريعة تنظر إلي التدليس علي أنه ضرر معتبر ؛ لما فيه من معني أكل مال الغير بالباطل، ومن ثم فإنها تمنع منه وتحرم اتخاذه أيا كانت صورته، بل هي تصل في ذلك إلي مدي بعيد ، فتحرم التدليس باستعمال طرق احتيالية، وعن طريق الكذب ، وعن طريق محض الكتمان ، كذلك فإنها تعتد بالتدليس الصادر من الغير فتمنع منه .

ونشير – هنا – إلي وجهات مذاهب الفقه في هذا كله، وذلك علي وجه من الإيجاز .

---

(١)- معالم السنن للخطابي (٥/ ٨٤ ، ٨٥) .

(٢)- انظر : شرح النووي علي مسلم (٤/ ١٠) .

(٣)- انظر : شرح النووي علي مسلم (٤/ ١٠) .

أولا : التدليس باستعمال طرق احتيالية :

وهذا ما يسمي بالتدليس الفعلي ؛ ذلك أنه يقع بفعل من العاقد يقصد به إلي تضليل العاقد الآخر في حقيقة المعقود عليه ، ويدفعه بذلك إلي التعاقد بغبن ولو كان يسيرا، وذلك كان يصبغ الثوب القديم ليظهره جديدا ، أو كان يلطخ ثوب العبد بالسواد ليوهم أنه كاتب ، أو كان يحبس مياه الرحا والقني تخييلا لكثرتها ، أو كان يسود شعر الجارية لإخفاء بياضه، أو يجعده لإخفاء سبطته، أو يحمر وجهها لتغطية صفرته ، فتبدو الجارية أجمل مما هي ليزيد في ثمنها ، أو كان يصري الإبل والبقر والغنم لينتفخ ضرعها فيتوهم المبتاع أنهاكثيرة اللبن .

وفي هذا يقول المالكية : التغرير الفعلي هو : أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد ، ومنه صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد، ومنه : من ابتاع ثيابا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به، وباعها برقمها ولم يقل قامت علي بكذا ، شدد مالك كراهة فعله واتقي فيه وجه الخلابة[١] . ونقل الحطاب عن ابن أبي زمنين أنه «إن وقع خير فيه مبتاعه ، وإن فات رد بقيمته ، وقال في المسائل الملقوطة: الغرر (أي : التدليس) بالقول لايضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلاخلاف»[٢] .

ومعني هذا : أن الفقه المالكي ينظر إلي التدليس الفعلي علي أنه ضرر معتبر يحرم فعله ، فإن وقع خير فيه مبتاعه لرفع الضرر الحاصل له ، فإن فات رد بقيمته ، وبالجملة فإن التدليس بالفعل يضمنه المدلس بلا خلاف عند المالكية.

---

(١)- انظر : شرح الحطاب علي خليل (٤/ ٤٣٧ ، ٤٣٨) ، وشرح المواق علي هامشه (٤/ ٤٣٧) .
(٢)- شرح الحطاب (٤/ ٤٣٧ ، ٤٣٨) .

أما الشافعية فيقولون : إن حبس ماء القناة وماء الرحا المرسل كل منهما عند البيع أو الإجارة حتي يتوهم المشتري أو المستأجركثرته فيزيد في عوضه، ومثلهما جميع المعاوضات ، وتحمير الوجه ، وتوريمه ، ووضع نحو قطن في شدقها ، وتسويد الشعر وتجعيده الدال علي قوة البدن- يثبت الخيار ؛ بجامع التدليس والغرور.

لكن لابد في ثبوت هذا الخيار من أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصنوع حتي لا ينسب المشتري إلي تقصير .

وعلي هذا فإن لطخ ثوب الرقيق بالمداد تخييلا لكتابته، أو إلباسه ثوبا نحو خباز ليوهم أنه كاتب ، أو خباز ، أو توريم ضرع الحيوان - لا رد له به في الأصح؛ إذ ليس فيه - عندهم : كبير غرر ؛ لتقصير المشتري بعدم امتحانه والبحث عنه[1] .

والذي يري من ذلك : أن شرط الطرق الاحتيالية - عند الشافعية - : أن تكون بحيث تضلل غالب الناس ، فإذا لم تكن كذلك وكان العاقد يستطيع أن يتبين الحقيقة فهو مقصر إذا لم يتبينها ، ولايثبت له بهذا خيار الرد ، وهذا بخلاف الفقه المالكي كما رأينا .

والحاصل : أنه حيث يثبت التدليس فإن الفقه الشافعي ينظر إليه علي أنه ضرر معتبر يثبت به الخيار للمضرور رفعا للضرر الحاصل له .

وأما الحنابلة فمذهبهم أن التدليس بما يزيد الثمن كتصرية اللبن في الضرع، وتحمير وجه الجارية، وتسويد شعرها، وتجعيده ، وجمع ماء الرحا

---

(١)- انظر : نهاية المحتاج للرملي (٤/ ٧٣ ، ٧٤) ، ومغني المحتاج (٢/ ٦٤ ، ٦٥) ، والمهذب (١/ ٣٧٥ ، ٣٧٦) .

وإرساله عند عرضها – يثبت للمشتري خيار الرد رفعا للضرر الحاصل له، وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لأجله[1] .

وهذا يدلنا علي اعتبار الفقه الحنبلي هذا التدليس ضررا ، ومن ثم فإنه يثبت للمشتري خيار الرد رفعا لهذا الضرر .

وأما الفقه الحنفي – وهو أقل المذاهب اعتدادا بهذا التدليس – فيعتد بالتدليس في التصرية، علي أنه جري الخلاف بين مشائخه في الجزاء علي هذا التدليس ، فأما أبو حنيفة ومحمد فلا يذهبان إلي حد فسخ العقد، بل يقتصران علي رجوع المشتري بالنقصان .

وأما أبو يوسف فيذهب مع الأئمة الثلاثة (مالك ، والشافعي ، وأحمد) إلي حد فسخ العقد بأن يثبت للمشتري خيار الرد [2] .

وجملة هذا : أن المذهب الحنفي ينظر إلي التصرية علي أنها ضرر معتبر يجب رفعه إما بأن يرجع المشتري علي البائع بالنقصان، وهذه وجهة أبي حنيفة ومحمد ، وإمابأن يثبت للمشتري خيار الرد ، وهذه وجهة أبي يوسف.

ثانيا : التدليس عن طريق مجرد الكذب (التدليس القولى) :

أ- بياعات الأمانة :

حدد الفقه الإسلامي منطقة حراما يفرض فيها علي الناس الأمانة في التعامل إلي أبعد مدي، ولايسمح فيها بأي غش، حتي إنه ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتدليسا ، وهذه هي ماتسمي ببياعات الأمانة، فيفسح

---

(١)- انظر : الشرح الكبير مع المغني (٤/ ٨٠ ، ٨١) ، والفروع (٤/ ٩٣) .

(٢)- انظر : حاشية رد المحتار علي الدر المختار (٥/ ٤٦) .

فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلَّت خبرته في التعامل ، أو في ضَرْب يُقْدِم عليه من ضروبه - أن يتوقَّي غش الناس إياه، بأن يتبايع معهم علي حدود مرسومة، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريرا، وهكذا يتقدم الفقه الإسلامي لمعونة من هو في حاجة إلي الحماية يدفع عنه الأذي ، ويرفع عنه الغبن (١) .

وجملة القول في بياعات الأمانة هذه : أن المبتاع وهو يحتكم إلي ضمير البائع ، ويطمئن إلي أمانته يبتاع منه السلعة علي أساس الثمن الذي اشتري به البائع نفسه هذه السلعة ، فإما أن يزيده فيها قدرا معلوما من الربح يضاف إلي الثمن الأصلي ، ويسمي البيع مرابحة، وإما أن ينقصه قدرا معلوما يطرح من الثمن الأصلي ويسمي وضيعة، وإما الايزيد ولاينقص ، بل يشتري السلعة بمثل ثمنها الأصلي ، ويسمي البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، أو إشراكا إذا أخذ جزءا منها بما يقابله من الثمن .

وعلي هذا فلو باع إنسان شيئا بربح معين علي رأس ماله المبين ، وكذب في بيان رأس المال، فقال إنه عشرة - مثلا - هو في الواقع أقل ، فهذا من البائع خيانة قد خلب بها المشتري ؛ ليستخلص منه ربحا أكثر مما اتفقا عليه .

واختلف النظر الفقهي في هذا ، فذهب بعض الفقهاء إلي أن للمشتري الخيار : إن شاء أخذه بجميع ثمنه ، وإن شاء تركه (٢) .

---

(١)- انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي (٢/ ١٥٤) .

(٢)- وهو مذهب أبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن . انظر : حاشية رد المحتار (٥/ ١٤٥) ، وهو مذهب المالكية إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء . انظر : القوانين (٢٢٧) .

وذهب بعضهم إلي أنه يحط من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الربح: فإذا كان مقدار الخيانة ربع رأس المال يحط معها من الثمن ربع الربح المشروط (١) .

وكذلك لو اطلع علي خيانة في التولية ، فإنه يسقطها من الثمن ، وقيل : يخير بين الأخذ والترك (٢) .

ومعني هذا أن النظر الفقهي يعتبر الخيانة في المرابحة والتولية ضررا واجب الرفع ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، علي أنهم يختلفون في كيفية هذا الرفع، فمنهم من يقول برفع ذلك عن طريق إثبات الخيار للمشتري ، ومنهم من يقول برفع ذلك عن طريق أن يحط من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الربح .

ب- بيع الاسترسال :

وإلي جانب بياعات الأمانة - وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل - يعرف الفقهان: المالكي ، والحنبلي بيعا آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن، وفيه يكشف العاقد عن خبيئة نفسه، ويبيّن أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وأنه يستأمن المتعامل معه ويستنصحه ، ويسترسل - يستسلم - إلي نصحه ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تبيع الناس أو تشتري به، فالأساس - هنا - ليس هو الثمن الأصلي كما في بياعات الأمانة ، بل هو سعر السوق، فإذا لم يصدقه

---

(١)- وبهذا قال الثوري ، وابن أبي ليلي ، وهو الأظهر عند الشافعية ، وبه قال الحنابلة ، والقاضي أبو يوسف . انظر : المغني لابن قدامة (٤/ ١٣٦) . ط : القاهرة ، ومغني المحتاج (٢/ ٧٩) ، وحاشية رد المحتار (٥/ ١٤٥) .

(٢) - انظر : حاشية رد المحتار (٥/ ١٤٥) .

المتعامل معه، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق، بل كذب عليه في ذلك وغبنه ، فإن هذا الكذب وحده يعتبر غشا وتدليساً (١) ، وينظر الفقهان : المالكي والحنبلي إلي ذلك علي أنه ضرر معتبر يوجب للعاقد المغبون (المضرور) خيار الرد .

جاء في الحطاب : « وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو : أن يقول الرجل اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة ، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن ، وقال ابن حبيب : إن الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل: بعني كما تبيع الناس، وأما في الشراء فلا »(٢) ، والصحيح في المذهب : أنه لا فرق بين البيع والشراء إذا كان الاسترسال ، فإذا قال له : قيمته كذا، والحال : أنه ليس كذلك ، فله الرد حينئذ قطعا، وهذا هو المعتمد في المذهب(٣) .

وقال في المغني : «المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ ، والإمضاء...، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة، ولايحسن المبايعة، قال أحمد : المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ : الذي لا يماكس ، فكأنه استرسل إلي البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة، ولا معرفة بغبنه » (٤) .

---

(١)- انظر : مصادر الحق في الفقه الإسلامي (٢/ ١٦٢) .

(٢)- انظر : شرح الحطاب علي خليل (٤/ ٤٧٠) .

(٣)- المصدر السابق ، وانظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ١٤٠ ، ١٤١) .

(٤)- المغني لابن قدامة (٣/ ٤٩٨). ط : القاهرة . ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد، وحده أبو بكر في «التنبيه»، وابن أبي موسي في «الإرشاد» - بالثلث، وهو قول مالك؛ لأن الثلث كثير؛ بدليل قول النبي -صلي الله عليه وسلم-: «والثلث كثير» ، وقيل : بالسدس ، وقيل : ما لا يتغابن الناس به في العادة ؛ لأن ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلي العرف .

جـ- التدليس القولي في التعامل بالمماكسة والمساومة ونحوذلك :

يضع الفقهاء إلي جانب التدليس الفعلي التدليس القولي ، فالتدليس الفعلي يكون بالفعل كما تقدم في الطرق الاحتيالية ، والتدليس القولي يكون بالقول . اي : بمجرد الكذب، فيكون الكذب تدليسا لا في بياعات الأمانة وبيع المسترسل فحسب - وهذه هي منطقة الأمانة في التعامل كما تقدم- بل أيضا في غير هذه المنطقة . أ ي : في التعامل بالمماكسة والمساومة ونحو ذلك . فمتي كان الكذب من شأنه التدليس علي المتعاقد ، وإلحاق الغبن الفاحش به[1] ، فإنه ينظر إلي هذا في الفقه الإسلامي علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه إما بإثبات الخيار للمضرور (المغبون) ، وإمابضمان ما تولد عن ذلك ، وهذه هي وجهات مذاهب العلماء بهذا الخصوص .

جاء في « رد المحتار » : أن الغرور (التدليس) لا يوجب الرجوع ، فلو قال : اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص ، أو قال : كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله ومات لم يضمن ، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهر أنها مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد علي المخبر إلا في ثلاث مسائل :

---

(١)- تقدم بيان حدود الغبن الفاحش عند الحنابلة والمالكية ، وأما الحنفية فالغبن الفاحش عندهم هو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار - وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين - كما لو كان الشيء المبيع بعشرة يقدره بعض الخبراء بثمانية ، وبعضهم بتسعة أو سبعة ، بحيث لا تدخل العشرة في تقدير أحد من الخبراء .

فالفرق بين العشرة وبين أعلي تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش .

علي أن متأخري المذهب الحنفي ذهبوا إلي تحديد الغبن الفاحش - ضبطا للمقاييس القضائية - بما يعادل نصف عشر القيمة في العروض المنقولة ، والعشر في الحيوان ، والخمس في العقارات . فما بلغ من الغبن هذه الحدود فهو غبن فاحش ، وما دونه يسير ، وبهذا أخذت المجلة في المادة «١٦٥» منها . والغبن الفاحش المعتبر - هنا - هو ما كان نتيجة للتدليس القولي ، لا أنه الغبن المجرد .

الأولي : إذا كان الغرور بالشرط : كما لو زوجه امرأة علي أنها حرة ثم استُحِقَّتْ ، فإنه يرجع علي المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد .

الثانية : أن يكون في ضمن عقد معاوضة ، فيرجع المشتري علي البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد ، ويرجع بقيمة البناء ، لو بني المشتري ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء، وإذا قال الأب لأهل السوق : بايعوا ابني فقد أذنت له في التجارة، فظهر أنه ابن غيره، رجعوا عليه للغرور، وكذا لو قال : بايعوا عبدي ، فقد أذنت له فبايعوه ، ولحقه دين ، ثم ظهر أنه عبد لغيره ، رجعوا عليه إن كان الأب حرا ، وإلا فبعد العتق، وكذا لو ظهر حرا ، أو مدبرا ، أومكاتبا ، ولا بد في الرجوع من إضافته إليه ، والأمر بمبايعته .

والثالثة : أن يكون في قبض يرجع نفعه إلي الدافع :كوديعة ، وإجارة ، فلو هلكت الوديعة، والعين المستأجرة ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر ، فإنهما يرجعان علي الدافع بما ضمناه، وكذا من كان بمعناهما، وفي عارية وهبة لارجوع ؛ إذ القبض كان لنفسه (١) .

وهكذا فإنه يظهر أنه متي تحققت في الغرور القولي – هنا – تلك الضوابط المذكورة آنفا، فإنه يكون ضررا معتبرا في الفقه الحنفي ، وإنه يرجع علي الغارّ بالضمان .

وجاء في الحطاب : « الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلاخلاف، فالأول : كمسألة الصيرفي ينقد الدراهم ثم يظهر فيها زائف، ومسألة الخياط يقيس الثوب ، ويقول : يكفي ، فيفصله فينقص، والدليل يخطئ الطريق ، والغار في الأمة يقول : إنها حرة، ، ومن أعار

---

(١)– انظر : حاشية رد المحتار (٥/ ١٥٢) .

شخصا إناء مخروقا، وهو يعلم به، وقال : إنه صحيح، ومن قال لرجل في رمضان : كل فإن الفجر لم يطلع، وقد علم طلوعه، ومنها - أيضا - قال في مسائل أجوبة القرويين في القائل لرجل : بع سلعتك من فلان ، لأنه ثقة ومليء ، فوجده بخلاف ذلك ، فقال : لا يغرم شيئا إلا أن يغره ، وهو يعلم بحاله» [1] .

فهذا يدلنا علي أن الفقه المالكي ينظر إلي التدليس القولي - إذا كان المدلس عالما به - علي أنه ضرر معتبر يجب ضمان ما تولد عنه، وذلك بالرجوع علي المدلس.

وفي مذهب أحمد ما يدل علي أن مجرد الكذب في التعاقد يعد تدليسا يوجب الخيار للعاقد المدلس عليه، وذلك كأن يكذب البائع المشتري ، ويقول له : إنه أعطي في سلعته مقدارا معينا ، فيغتر المشتري بقوله، ويشتري السلعة متأثرا بهذا الكذب، فيثبت له خيار التدليس.

جاء في الشرح الكبير علي المقنع: « ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة مالم يعط، فصدقه المشتري ، ثم كان كاذبا ، فالبيع صحيح ، وللمشتري الخيار - أيضا - لأنه في معني النجش»[2] .

وفي تلقي السلع، أو الركبان، أو الجلب يغرر المتلقي بصاحب السلعة تغريرا قوليا ويستغل جهله بأسعار البلد ، فيتلقاه قبل أن يقدم السوق، ويخبره بكساد سلعته ليغبنه في ثمنها ، فهذا الكذب يعد تدليسا يوجب الخيار لصاحب السلعة عند الشافعي وأحمد [3] .

---

(١)- شرح الحطاب علي خليل (٤/ ١٣٨) .

(٢)- الشرح الكبير مع المغني (٤/ ٧٩) .

(٣) انظر : الروضة (٣/ ٤١٥) ، والفروع (٤/ ٩٥) .

ومجموع هذا يدل علي اعتبار التدليس في هذه الصور ضررا واجب الرفع، وذلك بإثبات الخيار للمضرور (المدلس عليه) .

ثالثا : التدليس عن طريق محض الكتمان :

يكون محض الكتمان - وهو عمل سلبي محض - تدليسا في الفقه الإسلامي ، وأظهر ما يكون ذلك إذا عمد البائع إلي إخفاء العيب في المبيع بأن كتمه عن المشتري ولم يبينه ، فالحنفية يعدون هذا الكتمان حراما ويثبتون به خيار الرد للمشتري ، والمالكية يصرحون بأنه تدليس ، والشافعية والحنابلة يعتبرونه غشًا كالتصرية .

أما المذهب الحنفي فقد جاء في الزيلعي : أن « مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة، فعند فواتها يتخير كي لايتضرر بإلزام مالا يرضي به ..، ولكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل له أن يبيع المعيب حتي يبين عيبه لقوله عليه السلام: « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه »(١) ، ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا »(٢) ...، وكتب عليه السلام كتابا بعد ما باع فقال فيه : « هذا ما اشتري العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله - ﷺ - اشتري منه عبدا أو أمة لاداءَ (٣) ولا غائلةَ (٤) ، ولا

---

(١)- أخرجه ابن ماجة في سننه (٢/ ٧٥٥) كتاب التجارات ، باب : «من باع بيعًا فليبينه» من حديث عقبة بن عامر .

(٢)- تقدم تخريجه عند مسلم .

(٣)- الداء ما كان في الجسد والخلقة .

(٤)- والغائلة : سكوت البائع عما يعلم في المبيع من مكروه .

خبْثةَ (١) ، بَيْعَ المسلم للمسلم »(٢) فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ، ولا ينْقُص من الثمن شيئاً(٣) ؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا تكون أصلا ولامزاحما له »(٤) . وجاء في « البحر الرائق » : أن « كتمان عيب السلعة حرام ، وفي « البزازية » ، وفي « الفتاوي » : إذا باع سلعة معيبة عليه البيان، وإن لم يبين ، قال بعض مشايخنا : يفسق ، وترد شهادته، وقيده في « الخلاصة » بأن يعلم به » (٥)، وقد عقَّب ابن عابدين على ذلك فقال : « لايجوز بيع ما باشر نحو عجنه إلا أن يبين للمشتري حقيقة الحال، لأن المشتري لو أُطْلِعَ على ذلك لم يشتره منه في الغالب ، وكل ماكان كذلك يكون كتمه من الغش المحرم »(٦) ، وسئل عنه ابن حجر الهيتمى (الشافعى) كما في فتاواه: عجان يعجن الخبز للبيع يبيعه للناس ، وهو أبرص أجذم ذو حكة سوداء

---

(١)- والخبثة : ما كان في الخلق . انظر : حاشية الشلبي علي تبيين الحقائق (٤/ ٣١) .

(٢)- أخرجه الترمذي في سننه ، السنن مع تحفة الأحوذي (٤/ ٤٠٧) كتاب البيوع ، باب : «ما جاء في كتابة الشروط» . قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢/ ٧٥٦) كتاب التجارات ، باب : «شراء الرقيق».

وليس في قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «بيع المسلم للمسلم » ما يدل على أن المسلم إذا باع غير المسلم جاز أن يعامله بما يتضمن خيانة وغبنًا ، وإنما قال ذلك علي سبيل المبالغة ، فإن المسلم إذا باع المسلم يري له من النصح أكثر مما يري لغيره ، والله أعلم . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ٣١) .

(٣)- قال الإتقاني : ليس للمشتري إمساك المعيب وأخذ نقصان العيب ؛ لأنه حينئذ يلزم الضرر علي البائع فلا يجوز هذا ؛ لأن البائع لم يرض أن يخرج المبيع عن ملكه إلا بالثمن المذكور ، فعلى تقدير أخذ النقصان يلزم أن يكون الثمن أقل مما رضي به، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضًا لكن يمكن تدارك ذلك برد المبيع ، فلا ضرورة في أخذ النقصان . حاشية الشلبي (٤/ ٣١)

(٤) - تبيين الحقائق (٤/ ٣١) .

(٥) - البحر الرائق (٦/ ٣٨) .

(٦)- حاشية ابن عابدين علي البحر (٦/ ٣٨) .

فهل يجوز له أن يباشر الخبز المذكور ، وهو بتلك الصفات أم لا ؟)
فأجاب بقوله : لا يجوز بيع ما باشر نحو عجنه إلا أن يبين للمشترى حقيقة الحال .... وقواعدنا لاتأباه ، وضابط الغش المحرم : « أن يشتمل المبيع علي وصف نقص لو علم به المشتري امتنع عن شرائه، فكل ماكان كذلك يكون غِشًّا ، وكل مالا يكون كذلك لا يكون غشاً مُحَرَّماً ، وذكره في الفتاوي المذكورة ، ولا مانع منه »(١) وهذا معناه : أن الفقه الحنفي ينظر إلي التدليس بكتمان العيب علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه عن طريق إثبات خيار الرد للمضرور، وذلك وفق ما أشير إليه من الضوابط .

وأما المذهب المالكي فقد جاء في « الشرح الصغير » أنه « علي البائع لشيء وجوبا بيان ما علمه من عيب قَلَّ أو كثر ...، وعليه تفصيله (أي العيب) ، أو إراءته له (أي للمشتري إن كان يري : كالعور، والكي) ولايجمله أي لا يجوز له إجمال العيب »(٢) ، وذلك كأن يجمل في الجنس الصادق علي أفراد ، ولم يعين الغرر القائم به : كهو معيب ، ولم يعين عين العيب، أو هو سارق، أو يأبق، ولم يبين المكان الذي يأبق إليه ، ولا ما الذي يسرقه، أو يقول هو مريض ، ولم يبين ما هو المرض، ونحو ذلك . ومن الإجمال – أيضا – أن يذكر العيب الذي هو به وغيره مما ليس فيه بأن يقول : هو زان سارق مع أنه فيه أحد العيبين فقط ؛ لأن المشتري ربما علم سلامته مما ليس فيه ، فيظن سلامته من الآخر، فإن أجمل البائع « فمدلس ، ويرد المبيع بما وجده فيه »(٣).

فهذا يدلنا علي أن الفقه المالكي يسمي إخفاء العيب أو إجماله : التدليس بالعيب، وأنه ينظر إلي ذلك علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه عن

---

(١)- حاشية ابن عابدين على البحر (٣٨/٦) . (٢)- الشرح الصغير (٢/ ٥٧) .
(٣)- انظر السابق ، وانظر : القوانين (٢٢٧) .

طريق إثبات خيار التدليس للمشتري هذا مع وجود خيار العيب، فقد تكون هناك فائدة من قيام خيار التدليس، وذلك فيما إذا سقط خيار العيب، أوكان العيب مما لا يرد المبيع به .

وأما الشافعية فقد جاء في «المهذب» أنه «من ملك عينا ، وعلم بها عيبا ، لم يجز أن يبيعها حتي يبين عيبها ..، فإن علم غير المالك بالعيب، لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بيَّنه، فإن باع ولم يبين العيب ، صح البيع ؛ لأن النبي -ﷺ- صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية»[(١)] . فهذا ظاهر في أن المذهب صحة البيع، لكن يثبت للمشتري خيار التدليس كما ثبت في التدليس بالتصرية .

وبناء عليه فإنه يكون التدليس بكتمان العيب ضررا معتبرا في الفقه الشافعي ، فيقضي برفعه عن طريق إثبات خيار التدليس للمشتري.

وأما الحنابلة فقد جاء في «الشرح الكبير» أنه « لايحل للبائع تدليس سلعته، ولاكتمان عيبها..، فإن فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم ..؛ بدليل حديث التصرية، فإن النبي -ﷺ- صححه مع نهيه عنه »[(٢)] ، فهذا يفيد أن الصحيح- عند الحنابلة - هو قياس التدليس بكتمان العيب علي التدليس بالتصرية ، فيكون البيع صحيحا ، ولكن يثبت فيه الخيار للمشتري[(٣)] .

وبهذا فإنه يكون التدليس بكتمان العيب في المذهب الحنبلي ضررا معتبرا يقضي برفعه عن طريق إثبات الخيار للمشتري وذلك قياسا علي التدليس بالتصرية.

---

(١)- المهذب (٢/ ٢٧٦) .

(٢)- الشرح الكبير مع المغني (٤/ ٨٤ ، ٨٥) .

(٣)- انظر : القواعد لابن رجب الحنبلي ، القاعدة الثالثة والثلاثين .

والحاصل من جملة ما عرض له أن المذاهب الأربعة تنظر إلي التدليس بكتمان العيب علي أنه ضرر معتبر ، وتقضي برفعه عن طريق إثبات الخيار للمشتري، وذلك وفق ما أشير إليه .

رابعا : التدليس الصادر من الغير :

يعتد الفقه الإسلامي بالتدليس الصادر من الغير وينظر إلي ذلك علي أنه ضرر معتبر، مادام هذا الغير متواطئا مع العاقد الذي يفيد من التدليس.

فمن ذلك : الناجش، فهو رجل يتواطأ مع صاحب سلعة يبيعها في المزايدة، حتي يبلغها أكثر من قيمتها.

وعلي هذا فإنه يكون المشتري الذي اشتري السلعة بأكثر من قيمتها قد دلس عليه ، والمدلس ليس هو البائع، بل هو أجنبي متواطئ مع البائع، وهو الناجش.

ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع رفعا للضرر الواقع علي المشتري ، وهو قول أهل الظاهر[1] ورواية عن مالك[2]، وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان ذلك بمواطأة البائع أو صنعه [3] ،

---

(١) هكذا نقل ابن حجر في الفتح (٤/ ٤١٦) . والذي وجدته في المحلي (٨/ ٤٤٨) : أن البيع يكون صحيحًا ، ويثبت للمشتري الخيار إذا وقع البيع بزيادة علي القيمة نتيجة النجش . قال ابن حزم : «ولا يحل النجش ، وهو : أنْ يريد البيع فينتدب إنسان للزيادة في البيع ، وهو لا يريد الشراء ، لكن ليغتر غيره فيزيد بزيادته ، فهذا بيع إذا وقع بزيادة علي القيمة فللمشتري الخيار ، وكذلك رضا البائع إن رضي بذلك ، والبيع غير النجش وغير الرضا بالنجش ؛ وإذ هو غيرهما فلا يجوز أن يفسخ بيع صح بفساد شيء غيره» .

(٢)- انظر : المنتقي شرح الموطأ للباجي (٥/ ١٠٦ ، ١٠٧) .

(٣)- انظر : المغني لابن قدامة (٤/ ١٦٠) ط : القاهرة ، وهذا اختيار أبي بكر ، واختار ابن قدامة أن ذلك لا يؤثر في البيع إلا أن يكون الغبن فاحشًا . أي لم تجر العادة بمثله ، فيكون للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء ، فإن كان يتغابن بمثله فلا خيار ، وهذا سواء كان النجش بمواطأة من البائع ، أو لم يكن .

والمشهور عند المالكية في مثل ذلك ثبوت الخيار[١] ، وهو وجه للشافعية قياسا علي المصراة [٢] ، والأصح عندهم : صحة البيع مع الإثم[٣] ، وهو قول الحنفية [٤] .

ومن صور التدليس الصادر من الغير التي يعتد بها الفقه الإسلامي الغرور، فقد تقدم أن الفقه الحنفي يري في الرجل إذا قال للناس : هذا عبدي ، أو ابني فبايعوه، فقد أذنت له ، ثم ظهر حرا ، أو ابن الغير – أنه يرجع علي الغارّ.

فالتدليس – هنا – صدر من أجنبي عن العقد ، لكنه اعتد به ، ونظر إليه علي أنه ضرر معتبر، يجب ضمان ما تولد عنه .

كذلك فإنه من صور التدليس الصادر من الغير التي يعتد بهاالفقه الإسلامي : التدليس الصادر من الدلال. والدلال ليس غريبا عن العقد، فهو أمين البائع ،ومايصدر منه من تدليس يثبت الخيار للمشتري كالتدليس الصادر من البائع نفسه ، إذ هناك محلٌ لافتراض أن البائع متواطئ مع الدلال في التدليس ، وأنه عالم بهذا التدليس، أو يستطيع أن يعلم به، والدلال علي كل حال إنما يدلس سعيا وراء مصلحة البائع ، فيجب أن يحمل البائع تبعة هذا التدليس، ومن ثم يثبت خيار التدليس للمشتري[٥] .

---

(١)– انظر : الكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٣٦٥) ، والمنتقي (٥/ ١٠٧) ، والشرح الصغير (٢/ ٣٧) ، وجواهر الإكليل (٢/ ٢٦) .

(٢)– انظر : المهذب (١/ ٢٨٥) .

(٣)– انظر : السابق .

(٤)– انظر : بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣) ، ومتن القدوري (٣٧) ، ورد المحتار مع الدر (٥/ ١٠٧) .

(٥)– انظر : مصادر الحق (٢/ ١٧٣) .

جاء في صدر المادة (٥٤٥) من مرشد الحيران : « لارد بغبن فاحش في البيع إلا إذا غر أحد المتبايعين الآخر ، أو غره الدلال » .

وجاء في رد المحتار : « وإن غره . أي : غر المشتري البائع، أو بالعكس ، أو غره الدلال ، فله الرد » (١) .

وهكذا فإنه يظهر ان الفقه الإسلامي يعتد – في كثير من الأحيان – بالتدليس الصادر عن الغير ، وينظر إليه علي انه ضرر معتبر يجب رفعه إما عن طريق ثبوت خيار التدليس ، وإما عن طريق فسخ العقد ، وإما عن طريق ضمان ما تولد عن هذا التدليس .

وبذلك يكون البحث قد عرض لكل أنواع التدليس في الفقه الإسلامي بصورها المتعددة ، وبما حاصله : أن الفقه الإسلامي ينظر إلي التدليس في جملته علي أنه ضرر معتبر يجب الحكم برفعه ، وذلك وفق ما أشير إليه من مذاهب العلماء .

* * * *

---

(١)– رد المحتار مع حاشية الدر المختار لابن عابدين (٥/ ١٥١) .

المطلب الرابع : الاحتكار

والأصل في ذلك قوله – صلي الله عليه وسلم – : «من احتكر فهو خاطئ»(١)، وفي رواية : «لايحتكر إلا خاطئ»(٢) . والخاطئ بالهمزة : هو العاصي ، الآثم.

فهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار(٣) ، والحكمة في تحريمه :

---

(١) – أخرجه مسلم في صحيحه من حديث سعيد بن المسيب، مسلم بشرح النووي (١٢٦/٤) كتاب المساقاة والمزارعة، باب : « تحريم الاحتكار في الأقوات».

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه . انظر: الموضع السابق .

وفي الباب أحاديث أخري رواها أحمد ، وابن ماجة، وغيرهما .

ففي المسند عن معقل بن يسار قال : قال رسول الله –صلي الله عليه وآله وسلم– : « من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا علي الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة» . مسندأحمد(٢٧/٥).

وفيه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله – صلي الله عليه وآله وسلم – : « من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها علي المسلمين فهو خاطئ» . مسند أحمد (٣٥١/٢).

وأما ابن ماجة فقد أخرج في سننه عن عمر قال : سمعت رسول الله – صلي الله عليه وآله وسلم – يقول : « من احتكر علي المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس ».

سنن ابن ماجة (٧٢٩/٢) كتاب التجارات ، باب :« الحكرة والجلب ».

وأخرج – أيضا – عن عمر قال : قال رسول الله – صلي الله عليه وسلم – : « الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون » سنن ابن ماجة (٧٢٨/٢) كتاب التجارات ، باب « الحكرة والجلب ».

قال الشوكاني : « ولا شك أن أحاديث الباب تنتهض بمجموعها للاستدلال علي عدم جواز الاحتكار ... وحديث معمر(يعني عن سعيد بن المسيب) المذكور في صحيح مسلم ، والتصريح – فيه – بأن المحتكر خاطئ كاف في إفادة عدم الجواز؛ لأن الخاطئ المذنب العاصي ». نيل الأوطار (٣٨٢/٦) . وهكذا فإنه يستفاد من ظاهر أحاديث الباب أن الاحتكار – مطلقا – محرم من غير فرق بين قوت الآدمي، والدواب وبين غيره، والتصريح بلفظ « الطعام » في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، بل هو من التنصيص علي فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق؛ وذلك لأن نفي الحكم من غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب ، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد علي ما تقرر في الأصول.

انظر : السابق ، وسبل السلام (٨٢٥/٣).

(٣) – انظر: شرح النووي علي صحيح مسلم (١٢٦/٤) .

دفع الضرر عن عامة الناس كما أجمع العلماء علي أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر علي بيعه دفعا للضرر عن الناس[1] .

والاحتكار المحرم الذي تنظر إليه المذاهب الفقهية علي أنه ضرر معتبر قد تعددت عبارات الفقهاء في بيان حقيقته الشرعية، والبحث يعرض لتلك العبارات فيمايلي :

أولا : فقهاء الحنفية :

قال الحنفية : الاحتكار لغة : مصدر حكر أي حبس ، فهو احتباس الشيء انتظارا لغلائه، والمراد به شرعا : «اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلي الغلاء أربعين يوما، وقيل : شهرا»[2] .

وقد قيد الإمام أبو حنيفة وصاحبه محمد الاحتكار بقوت البشر ، فلا يكون حبس ما سوي ذلك احتكارا، وهذا ما عليه الفتوي. كذا في « الكافي » .

وعن أبي يوسف : أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار .

وعن محمد : الاحتكار في الثياب[3] .

أما صاحب الدر المختار فقد نص في متنه علي أن الاحتكار يكون في قوت البشر : كتين ، وعنب ، ولوز [4] ، وكذلك قوت البهايم :كتبن ،

---

(١)– انظر : السابق .

(٢)– حاشية رد المحتار لابن عابدين علي الدر المختار (٦/٤٢٢).

(٣) – المصدر السابق، وانظر : تبيين الحقائق (٦/٢٧).

(٤)– قال ابن عابدين : « قوله (كتين ، وعنب ، ولوز) . أي : مما يقوم به بدنهم من الرزق ولو دخنا لا عسلا، وسمنا ». حاشية ابن عابدين (٦/٤٢٢).

وقت (١) ، لكنه قيد ذلك بأن يكون في بلد يضر بأهله ، فإن لم يضر لم يكره (٢) .

هذا وليس يعد في المذهب الحنفي من يحبس غلة أرضه محتكرا بلا خلاف ، ومثله في ذلك من يجلب من بلد آخر ، لكنه يجري الخلاف - هنا - ، وعند محمد : إن كان المكان الذي جلب منه يجلب الناس منه عادة كُرِهَ، وهو المختار (٣) .

ومجموع هذا يدلنا علي تعدد وجهات فقهاء الحنفية بخصوص الاحتكار ، فمنهم من يخصصه بالقوت، ومنهم من يعممه في كل ما يحتاج إليه الناس.

ولا يقف الفقه الحنفي عند هذا الحد ، بل يزيد علي ذلك أن الاحتكار لايتحقق إلا بأن تكون المادة المحتكرة - محل الاحتكار - مشتراة، أما إذا كانت مخزونة لديه ، أو كانت غلة ضيعته ، فليس يعد ذلك احتكارا بلا خلاف ، ومثل هذا من يجلب من بلد آخر عند بعض المشائخ.

كذلك فإن هذا الفقه يضيف إلي ما سبق أنه يقيد الاحتكار بمدة معينة : أربعين يوما ، وقيل شهرا، وذلك بما حاصله : أنه لايكون من الاحتكار المحرم حبس الشيء فيما دون هذه المدة المعينة.

وأخيرا فإنه ينظر الفقه الحنفي إلي البلد الذي وقع فيه الاحتكار ، فإن كان يضر الاحتكار بأهله كان هذا الاحتكار محرما، وإلا فلا .

---

(١)- القت : الرطبة من علف الدواب . حاشية ابن عابدين (٦/٤٢٢).
(٢) - الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٦/٤٢٢).
(٣) - انظر السابق .

وهكذا يمكن القول بأنه إذا وقع الاحتكار علي وفق ما أشير إليه من التحديد السابق فإنه ينظر إليه الفقه الحنفي علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه ، وذلك بأن يأمر القاضي المحتكر ببيع ما فضل عن حاجته وحاجة أهله، فإن لم يبع ، بل خالف أمر القاضي - عزره بما يراه رادعا له ، وباع القاضي عليه وفاقا علي الصحيح[1] ، وفي « السراج » أنه : لو خاف الإمام علي أهل بلد الهلاك ، أخذ الطعام من المحتكرين وفرق عليهم ، فإذا وجدوا سعة ردوا مثله ، وهذا ليس بحجر، بل للضرورة [2].

ثانيا : فقهاء المالكية :

الاحتكار المحرم - عند المالكية - معناه : « الادخار للمبيع، وطلب الربح بتقلب الأسواق، أما الادخار للقوت فليس من باب الاحتكار »[3] .

والفقه المالكي من أكثر المذاهب توسعا في اعتبار الاحتكار ، إذ لا يخص فقهاء المالكية الاحتكار بالقوتين : قوت البشر، وقوت البهائم، بل الاحتكار عندهم يجري في كل ما من شأنه إذا حبس أن يضر بالناس.

روي ابن المواز وابن القاسم عن مالك : «أن الطعام وغيره من الكتان، والقطن، وجميع ما يحتاج إليه في ذلك سواء ، فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس»[4]، ووجه ذلك : أن هذا مما تدعو الحاجة إليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من إدخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام.

---

(١)- انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤٢٢/٦).

(٢) - المصدر السابق ، ونقله الزيلعي عن الاختيار وأقره. انظر : تبيين الحقائق (٢٨/٦).

(٣) - انظر: المنتقي شرح الموطأ للباجي (١٥/٥).

(٤) - المصدر السابق (٥/ ١٦) ، وانظر : الكافي لابن عبد البر (القسم الثاني / ٣٦٠) ، والقوانين (٢٢٠) .

علي أن المالكية يحدون هذا الاحتكار المحرم من جهتين : (الأولي) الوقت الذي يمنع فيه الاحتكار، و(الثانية) مصدر السلعة المحتكرة .

١- الوقت الذي يمنع فيه الاحتكار:

يقرر المالكية ان لذلك حالتين ، إحداهما : حال ضرورة وضيق، فهذه حال يمنع فيها من الاحتكار بلا خلاف.

والثانية : حال كثرة وسعة، وهنا اختلف فقهاؤهم، فالذي رواه ابن القاسم عن مالك : أنه لا يمنع فيها من احتكار شيء من الأشياء.

وروي ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: ان احتكار الطعام يمنع في كل وقت، فاما غير الطعام فلا يمنع احتكاره إلا في وقت الضرورة دون وقت السعة [١] .

٢- مصدر السلعة المحتكرة:

يقرر المالكية أن مصدر السلعة المحتكرة علي ضربين، ضرب يحصل للمحتكر بزراعته له، أو جلابه، فهذا لا يمنع من احتكاره، ولا استدامة إمساكه ما شاء، كان ذلك ضرورة أو غيرها . روي ابن المواز عن مالك أنه قال : « يبيع هذا متي شاء، ويمسك إذا شاء بالمدينة وغيرها » [٢] .

والضرب الثاني : من يحصل له الطعام بابتياع بالبلد ، فإن المنع منه يتعلق في وقتين :

(أحدهما) : أن يبتاعه في وقت ضرورة، وقد تقدم بيان ذلك .

---

(١) – انظر : المنتقي شرح الموطأ (١٦/٥).

(٢)– السابق .

(الثاني) : أن يبتاعه في وقت سعة وجواز الشراء ثم تلحق الناس شدة وضرورة إلي الطعام ، ففي « كتاب ابن المواز » قيل لمالك : فإذا كان الغلاء الشديد ، وعند الناس طعام مخزون، أيباع عليهم ؟ قال : «ما سمعته» ، وقال في موضع آخر : « فإذا كان في البلد طعام مخزون، واحتيج إليه للغلاء، فلا بأس أن يامر الإمام بإخراجه إلي السوق فيباع»[1] ، ووجه ذلك : أنه إنما أبيح لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة [2] .

وهكذا فإنه يظهر أن الفقه المالكي ينظر إلي ما وقع من الاحتكار في إطار التحديد السابق علي أنه ضرر معتبر يحب رفعه وذلك بأن يباع الشيء المحتكر للمحتاج إليه بمثل ما اشتري به ، لا يزاد عنه شيء ، وإن لم يعلم ثمنه، فبسعره يوم احتكاره[3] .

ثالثا : فقهاء الشافعية :

الاحتكار المحرم عند الشافعية ما كان في الأقوات خاصة ، وهو : « أن يشتري الطعام في وقت الغلاء ولا يدعه للضعفاء ، ويحبسه ليبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة»[4] .

فإن اشتري في وقت الرخص ليبيع في وقت الغلاء فلا بأس.

ولا بأس كذلك بإمساك غلة ضيعته ليبيع وقت الغلاء ، ولكن الأولي أن يبيع ما فضل عن كفايته .

---

(١) – المنتقي (٥/ ١٧) .

(٢)– السابق .

(٣)– انظر: المنتقي شرح الموطأ (٥/ ١٧).

(٤) – الروضة للنووي (٣/ ٤١٣) ، وانظر : المهذب (١/ ٣٨٧).

جاء في المهذب : « ويحرم الاحتكار في الأقوات، وهو أن يبتاع في وقت الغلاء، ويمسكه ليزداد في ثمنه .... ، فأما إذا ابتاع في وقت الرخص، أو جاءه من ضيعته طعام ، فامسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك، لأنه في معني الجالب..، وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره..؛ لأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات ، فلم يمنع منه »[1] .

وعلي هذا فإنه يظهر أن الاحتكار الذي ينظر إليه الفقه الشافعي علي أنه ضرر معتبر فيمنع منه هو ما كان في الأقوات خاصة ، وعن طريق الشراء وقت الغلاء ليبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة إليه، لا الأقوات المشتراة وقت الرخص، أو التي جاءته من ضيعته .

أما احتكار القوت الذي اشتراه وقت الرخص ، أو الذي جاءه من ضيعته ، وكذلك احتكار ما ليس بقوت - فإنه لا يدخل في معني الاحتكار المحرم الذي ينظر إليه الفقه الشافعي علي أنه ضرر معتبر .

وجملة القول بخصوص ماسبق أنه حيث يثبت الاحتكار المحرم وذلك بناء علي ما انتهي إليه الفقه الشافعي من تحديد لحقيقة الاحتكار ، فإنه ينظر إلي هذا الاحتكار علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه بأن يجبر المحتكر علي بيع ما زاد علي قوته سنة.

وقد صرح بهذا متأخرو الشافعية ، ففي حاشية قليوبي علي شرح الجلال المحلي للمنهاج أنه : « مما يجب علي - المحتكر - بيع ما زاد علي قوته سنة إذا احتاج الناس إليه ، ويجبره الحاكم عليه» [2].

---

(١) - المهذب (٢٨٧/١) ، وانظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٨) .
(٢) - (١٨٦/٢) .

رابعا : فقهاء الحنابلة :

يري فقهاء الحنابلة أن الاحتكار المحرم هو ما اجتمع فيه ثلاثة شروط [1].

(أحدها) : أن يكون بطريق الشراء، فلو جلب شيئا، أو أدخل من غلته شيئا فادخره، لم يكن محتكرا ، لقوله - عليه الصلاة والسلام -: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون» [2].

ولأن الجالب لا يضيق علي أحد، ولا يضر به، بل ينفع ، فإن الناس إذا علموا عنده طعاما معدا للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه.

(الثاني) : أن يكون المشتري قوتا، فأما الإدام، والحلواء، والعسل، والزيت ، وأعلاف البهائم ، فليس فيها احتكار محرم .

(الثالث): أن يضيق علي الناس بشرائه،ولا يحصل ذلك إلا بأمرين:

١- أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار: كالحرمين ، والثغور ، أما البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب : كبغداد، والبصرة، ومصر لايحرم فيها الاحتكار؛ لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا.

٢- أن يكون في حال الضيق، بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ، ويضيقون علي الناس، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص علي وجه لا يضيق علي أحد ، فليس بمحرم .

ومعني هذا : أن الفقه الحنبلي لايعتبر إلا خصوصا من الاحتكار ، وهو ما اجتمعت فيه الشروط الثلاثة السابقة ، وأنه ينظر إلي مثل هذا

---

(١) - انظر: المغني لابن قدامة (١٦٧/٤) . ط : القاهرة، وانظر : الفروع (٥٣/٤، ٥٤).

(٢) - تقدم تخريجه .

الاحتكار علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه ، وذلك بأن يجبر المحتكر علي بيع ما احتكر كما يبيع الناس دفعا للضرر، فإن أبي وخيف التلف، فرق الإمام علي المحتاجين، ويردون مثله عند زوال الحاجة ويتوجه قيمته (١) .

خامسا : فقهاء الزيدية :

يري فقهاء الزيدية أن الاحتكار المحرم هو ما كان في قوت الآدمي ، والبهيمة، وذلك بشرط أن يكون هذا القوت المحتكر فاضلا عن كفاية المحتكر ومن يمون إلي الغلة مع الحاجة (أي : حاجة الناس إليه) وعدمه إلا مع مثله (أي : مع عدم الاقوات بحيث لاتوجد إلا مع محتكر مثله) ، وان يكون بطريق الشراء من المصر لا من زرعه ولا من السواد (٢) .

إذاً فلا يمنع الفقه الزيدي كل احتكار ، بل الاحتكار الممنوع فيه - والذي ينظر إليه علي أنه ضرر معتبر - هو ما يقع علي وفق ما أشير إليه من الشروط السابقة ، وحينئذ يجبر المحتكر علي البيع رفعا للضرر، ولا يباع عنه ، فإن تمرد فالحاكم، ويعزر المحتكر لعصيانه (٣) .

سادسا : فقهاء الإمامية :

يري فقهاء الإمامية أن الاحتكار إما أنه مكروه، وإما أنه حرام، وأنه يكون في الحنطة، والشعير، والتمر ، والزبيب، والسمن ، قيل : وفي الملح، وذلك بشرط أن يستبقيها للزيادة في الثمن، ولا يوجد بائع ولا باذل ، وأن يستبقيها في الغلاء ثلاثة أيام، وفي الرخص أربعين (٤) .

---

(١) - انظر: كشاف القناع (١٨٨/٣) ، والفروع (٥٤/٤).

(٢) - انظر : البحر الزخار (٣١٩/٤) ، والسيل الجرار (٧٩/٣، وما بعدها).

(٣) - انظر : السابق .

(٤) - انظر: شرائع الإسلام للمحقق الحلي (٢١/٢).

وهذا معناه : أنه حيث تتحقق هذه الشروط في الاحتكار فإنه يكون إما مكروها، وإما محرما، وينظر إليه علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه بأن يجبر المحتكر علي البيع [1] .

سابعا : فقهاء الظاهرية :

يري ابن حزم الظاهري أن الاحتكار المحرم هو ما يضر بالناس ، سواء كان ذلك في الابتياع، أو في إمساك ما ابتاع، وأنه يجب المنع من ذلك.

أما المحتكر في وقت رخاء فليس بآثم بل هو محسن؛ لأن الجلاب إذا أسرعوا البيع أكثروا الجلب ، وإذا بارت سلعتهم ، ولم يجدوا لها مبتاعا تركوا الجلب ، فاضر ذلك بالمسلمين [2] .

الخلاصة :

عرض البحث لهذه الجملة من عبارات الفقهاء في بيان الحقيقة الشرعية للاحتكار المحرم ، والذي يبدو أنه الصواب في ذلك إنما هو مذهب المالكية ، وما قاله القاضي أبو يوسف، وابن حزم الظاهري؛ ذلك أنهم رأوا أن العلة وراء تحريم الاحتكار هي الإضرار بعامة الناس، فمتي تحقق الضرر وجدت الحرمة بصرف النظر عن نوع السلعة المحتكرة ، كونها مشتراة أو مخزونة بشراء سابق، أو غلة أرض المحتكر ، وبصرف النظر عن شرط أية مدة زمنية؛ لأن الضرر والتضييق قد يتحقق في ساعات قليلة : كمنتج لدواء، أو مادة مهمة يتوقف إنتاجه في ساعة ما علي شيء محتكر، فيضره ويضر بالناس ضررا بليغا[3]. أما ورود بعض أحاديث الاحتكار بالنص علي

---

(١) – السابق .

(٢)– انظر: المحلي (٩/ ٦٤).

(٣)– انظر: الملكية الفردية (٢١٢).

احتكار الطعام خاصة فهو -كما تقدم- من باب التنصيص علي فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق» وذلك ؛ لأن نفي الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد علي ما تقرر في الأصول» [١].

وأما اشتراط الشراء فلا أثر له في الحكم - كما يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي بحق - لأنه متي تحقق الضرر وجدت الحرمة [٢] .

وبهذا يكون البحث قد فرغ من بيان حقيقة الاحتكار المحرم باعتبار أنه صورة من صور أكل المال بالباطل، وأن الفقه الإسلامي ينظر إليه علي أنه ضرر معتبر يجب رفعه وذلك وفق ما أشير إليه من التفصيلات والقواعد وبما جُمْلَته : أن يجبر المحتكر علي البيع، أو أن تباع عليه السلعة بسعر المثل، فإن عاد إلي الاحتكار بعد هذا عزر بالضرب والسجن ، ونحو هذا مما يدخل في باب السياسة الشرعية.

****

---

(١)- نيل الأوطار للشوكاني (٣٨٢/٦)، وانظر: سبل السلام (٨٢٥/٣).

(٢) - انظر: الملكية الفردية (٢١٣) .

المطلب الخامس : الغصب

يحرم الفقه الإسلامي الغصب؛ إذ إنه أكل لمال الغير بالباطل ، وينظر إليه علي أنه ضرر معتبر ، والأصل في هذا التحريم نصوص الكتاب والسنة، وإجماع المسلمين .

أما نصوص الكتاب فقد قال – تعالي – : ﴿ **لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾[١] ، وقال – سبحانه – : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** ﴾[٢] ، والغصب – بكافة صوره– داخل في هذا النهي عن أكل المال بالباطل .

وأما نصوص السنة فقد قال النبي – صلي الله عليه وسلم – : « .. فإن دماءكم ، وأموالكم ، وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلي يوم تلقون ربكم »[٣] ، وقال – صلي الله عليه وسلم – : « كل المسلم علي المسلم حرام دمه ، وماله، وعرضه »[٤]، وقال – أيضا – : « لا يحل مال امرئ إلابطيب نفس منه »[٥] .

وقال : « من اقتطع شبرا من الأرض ظلما طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين » [٦] .

---

(١) – آية (١٨٨) سورة البقرة. (٢)– آية (٢٩) سورة النساء.

(٣) – أخرجه البخاري ومسلم : البخاري مع الفتح (٣/٦٧٠) ، كتاب الحج، باب : « الخطبة أيام مني» من حديث ابن عباس، وأبي بكرة ، وعبد الله بن عمر .

ومسلم بشرح النووي (٤/٢٤٧) ، كتاب القسامة، باب : « تغليظ تحريم الدماء ، والأعراض ، والأموال ».

(٤)– أخرجه مسلم في صحيحه : مسلم بشرح النووي (٥/٤٢٨) كتاب البر، باب : «تحريم ظلم المسلم ، وخذله ، واحتقاره».

(٥)– أخرجه أحمد في مسنده (٥/٧٢) عن أبي حرة الرقاشي عن عمه .

(٦) – أخرجه مسلم في صحيحه : مسلم بشرح النووي (٤/١٣١) كتاب المساقاة ، باب : « تحريم الظلم ، وغصب الأرض».

وقال – صلي الله عليه وسلم– : « من ظلم من الأرض شيئا طوقه من سبع أرضين » [1] .

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون علي تحريم الغصب في الجملة ، وإنما اختلفوا في فروع منه [2] ، ويرجع هذا إلي اختلاف مفهوم الغصب عند الفقهاء.

فمصطلح الغصب له في الفقه الإسلامي تعريفات متعددة، ومن شأن هذه التعريفات أن تدخل في الغصب المحرم – الذي ينظر إليه علي أنه ضرر معتبر – صورا معينة وتُخْرِج صورا أخري ، والبحث يعرض لذلك فيما يلي:

أولا : مصطلح الغصب في الفقه الحنفي :

اختلف علماء الحنفية في حد الغصب ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف – رضي الله عنهما – : هو – يعني الغصب– « إزالة يد المالك عن ماله المتقوم علي سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال » [3] ، وقال محمد – رحمه الله – : « الفعل في المال ليس بشرط لكونه غصبا » [4] .

وقال في « الدر المختار » : الغصب « إزالة يد محقة بإثبات يد مبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه لا بخفية » [5] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه : صحيح البخاري مع الفتح (١٢٣/٥) كتاب المظالم والغصب ، باب : «إثم من ظلم شيئا من الأرض».

(٢) – انظر : المغني لابن قدامة (١٧٧/٥) . ط: القاهرة.

(٣)– بدائع الصنائع (٧/ ١٤٣).

(٤)–السابق.

(٥)– الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (١٨٨/٦، وما بعدها).

وقال في « الهندية » : الغصب « أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك علي وجه يزيل يد المالك إن كان في يده ، أو يقصر يده إن لم يكن في يده » [1] .

والذي يلاحظ أن هذه التعريفات للغصب تتضمن كلا من هذه المعاني :

١- إزالة اليد المحقة سواء كانت يد المالك، أو يد نائبه، فلا تضمن زوائد المغصوب إلا بالتعدي، وتضمن عند محمد [2] .

٢- عدم إذن صاحب اليد المحقة بإزالة يده ، وبهذا فإنه تخرج الوديعة ، والهبة، وغيرهما مما فيه الإذن بالأخذ عن أن يكونوا غصبا.

٣- إثبات اليد المبطلة بنقل المغصوب إليها .

٤- كون الإزالة والإثبات بفعل في المال لا في المالك خلافا لمحمد .

٥-كون الإزالة والإثبات علي سبيل المجاهرة والمغالبة لا أن ذلك يكون خفية، وبهذا فإنه تخرج السرقة عن أن تكون غصبا.

٦- اختصاص الغصب بالأموال المنقولة المتقومة المحترمة خلافا لمحمد الذي رأي أن الغصب يجري في العقار أيضا [3] .

وبناء عليه فإنه لا يجري الغصب في مثل الحر ، والميتة ، وخمر المسلم ؛ لأنها ليست من الأموال .

---

(١)- الفتاوي الهندية (٥/ ١١٩).

(٢)- انظر: بدائع الصنائع (١٤٣/٧)

(٣)- انظر: حاشية ابن عابدين علي الدر (١٩٠/٦).

وكذلك الشأن في مال الحربي فإنه لا يجري فيه الغصب ؛ لكونه غير محترم .

وعلي هذا فإنه لا يعتبر في الفقه الحنفي كل استيلاء علي مال الغير بغير حق غصبا ، بل الذي يكون من الغصب الذي ينظر إليه في هذا الفقه علي أنه ضرر معتبر هو ما تحققت فيه تلك المعاني – الضوابط– التي أشير إليها فيما سبق .

ثانيا : مصطلح الغصب في الفقه المالكي :

عرف المالكية الغصب بانه : « أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة »[(١)] ، وقد فصَّل ذلك ابن عرفة حيث قال : الغصب « أخذ مال غير منفعة ظلما قهرا، لا لخوف قتال ، فيخرج أخذه غيلة؛ إذ لاقهر فيه لأنه بموت مالكه ، وحرابة »[(٢)] .

ونقل في « الذخيرة » أن بعض المالكية عرف الغصب بأنه « رفع اليد المستحقة ، ووضع اليد العادية قهرا » [(٣)] .

وبهذا فإنه يظهر أن المالكية يفرقون بين أخذ أعيان الأشياء وذواتها وبين أخذ منافعها ، فيقصرون مفهوم الغصب علي أخذ الأعيان والذوات، علي حين يدرجون أخذ المنافع تحت مصطلح التعدي[(٤)] ، وفي هذا يقول الدردير : « أخذ المال جنس يشمل الغصب وغيره، وهو من إضافة المصدر

---

(١)– مختصر خليل مع جواهر الإكليل (١٤٨/٢).

(٢)– مواهب الجليل (٢٧٤/٥) ، والتاج والإكليل (٢٧٤/٥).

(٣) – انظر: جواهر الإكليل (١٤٨/٢).

(٤) – التعدي عند المالكية أعم من الغصب؛ لأنه يكون في الأموال ، والفروج، والنفوس، والأبدان ، فأما التعدي في النفوس والأبدان فيذكرونه في باب الدماء والقصاص . =

لمفعوله ، والفاعل محذوف ، أي : أخذ آدمي مالا ، والمتبادر من المال الذات ، فخرج به التعدي، وهو : الاستيلاء علي المنفعة فقط، كسكني الدار، وركوب دابة من غير استيلاء علي ذات الدار والدابة » .

كذلك فإنه يظهر هذا القدر من الاتفاق بين الفقهين : المالكي والحنفي في تلك المعاني التي يلزم أن تتحقق في الغصب لاعتباره في النظر الشرعي غصبا ، وهي :

١-إزالة اليد المحقة، فلا يدخل في الغصب إثبات اليد علي مالم يكن في يد المالك ، أو نائبه عند أخذه ، ولا يجري عندهم ضمان الغصب في زوائد المغصوب.

٢-إثبات الغاصب يده علي المغصوب وأخذه له .

٣- كون الأخذ للمال علي سبيل القهر احترازا عن السرقة، والاختلاس مما يكون الأخذ للمال فيه علي سبيل الاستسرار لا المجاهرة والقهر .

= وأما التعدي في الأموال والفروج فيفردونه بالتأليف .

والتعدي في الأموال عندهم علي أربعة أنواع : (الأول) أخذ الرقبة ، وهو الغصب ، و(الثاني) أخذ المنفعة دون الرقبة ، وهو ضرب من الغصب، ويجب فيه الكراء مطلقا، و(الثالث) الاستهلاك بإتلاف الشيء : كقتل الحيوان، أو تحريق الثوب...، ويجري مجراه التسبب في التلف : كمن فتح حانوتا لرجل فتركه مفتوحا فسرق، أو فتح قفص طائر فطار...، فمن فعل شيئا من ذلك فهو ضامن لما استهلكه، أو أتلفه ، أو تسبب في إتلافه سواء فعل ذلك كله عمدا أو خطأ، و(الرابع) الإفساد، وهو علي نوعين: أحدهما أن يذهب المنفعة المقصودة من الشيء كمن قطع يد عبد، أو رجل دابة، فيخير صاحبه بين أن يأخذ قيمة ما نقصه ذلك الفساد أو يسلمه للمفسد ويأخذ قيمته كاملة، والآخر أن يكون الفساد يسيرا فيصلحه من أفسده ويأخذ صاحبه قيمة ما نقص .انظر : القوانين الفقهية لابن جزي (٢٤٨، ٢٤٩).

هذا وهناك فروق أخري بين الغصب والتعدي منها : أن المتعدي لا يضمن الآفة السماوية والغاصب يضمنها ، ومنها أن المتعدي يضمن غلة ما عطل :كدار أغلقها ، وأرض بورها ، ودابة حبسها ، وهذا بخلاف الغاصب فهو لا يضمن إلا غلة ما استعمل . انظر : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (٤٥٩/٣، وما بعدها) .

لكن يختلف الفقه المالكي عن الفقه الحنفي في أنه يري جريان الغصب في كل من العقارات والمنقولات علي السواء.ومجموع ما ذكر يفيد أن الذي يعتبرغصبا في الفقه المالكي هو ما تحققت فيه تلك المعاني المذكورة آنفا ، لا أنه يكون غصبا كل استيلاء علي مال الغير بغير حق .

ثالثا : مصطلح الغصب في الفقه الشافعي:

يعتبر فقهاء الشافعية أكثر الفقهاء توسعا في مفهوم الغصب، حتي إن هذا المفهوم يشمل عندهم العقارات، والمنقولات ، والمنافع والاختصاصات ، وقد ترتب علي ذلك التوسع في مفهوم الفعل الموجب للغصب، فلم يشترطوا الأخذ بما يتضمنه من إزالة اليد المحقة، وإثبات اليد المبطلة كما قال الحنفية والمالكية ، بل اعتبر الشافعية تحقق الغصب في كل ما يعده العرف استيلاء علي حق من حقوق الغير .

وهذا هو تعريف الشافعية للغصب كما نص عليه النووي ، قال – رحمه الله – : « فالاختيار – يعني في تعريف الغصب– أنه : الاستيلاء علي حق الغير بغير حق » (١)

فيدخل في هذا غصب الكلب، والسرجين، وجلد الميتة، ونحو ذلك من النجاسات التي يجوز اقتناؤها ، ويدخل فيه غصب المنافع ، والأعيان، والحقوق، والاختصاصات، وأما قول جماعة من الأصحاب بأن الغصب هو الاستيلاء علي مال الغير فليس بمُرْضٍ؛ لأنه ليس بحَدٍّ جامع لما ذكر (٢) .

---

(١)– الروضة (٥/٣) ، وقد تناقل شراح المنهاج ذلك التعريف. انظر: نهاية المحتاج للرملي (٥/١٤٢)، وتحفة المحتاج لابن حجر (٦/٣) ، ومغني المحتاج (٢/٢٧٥).

(٢) – الروضة (٥ / ٣) .

رابعا : مصطلح الغصب في الفقه الحنبلي :

يوافق الحنابلة الشافعية في تعريف الغصب، ففي المغني قال ابن قدامة :« الغصب هو الاستيلاء علي مال غيره بغير حق » (١) ، وقد فصل البهوتي ذلك حيث قال الغصب «استيلاء غير حربي علي حق غيره من مال، أو اختصاص قهرا بغير حق » (٢) .

خامسا : مصطلح الغصب في الفقه الظاهري:

لا يختلف ما قدمه ابن حزم الظاهري من تعريف للغصب عن التعريف الذي قدمه فقهاء الشافعية والحنابلة لذلك، فقد عرف ابن حزم الغصب بأنه «أخذ الشيء بغير حقه ظلما » (٣) .

سادسا : مصطلح الغصب في الفقه الزيدي:

يتجه الفقه الزيدي في تعريفه للغصب وجهة توافق وجهة فقهاء الشافعية والحنابلة، فقد عرف الزيدية الغصب بأنه « الاستيلاء علي مال الغير عدوانا، وإن لم ينو» (٤) .

يعني : وإن لم ينو المستولي الغصب ، بل أراد اللعب والمزاح ، والاستيلاء هو : إثبات اليد علي الشيء ، والعدوان لا بإذن الشارع (٥) .

---

(١)- المغني (٥/ ١٧٧).
(٢) - كشاف القناع (٤/ ٧٦).
(٣)- المحلي (٨/ ١٤٤).
(٤)- البحر الزخار(٥/ ١٧٣)، والسيل الجرار(٣/ ٣٤٧).
(٥)- انظر: السيل الجرار (٣/ ٣٤٧)

سابعا : مصطلح الغصب فى فقه الإمامية :

لايخرج تعريف الشيعة الإمامية للغصب عما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن وافقهم ، فهم يعرفون الغصب بأنه « استقلال بإثبات اليد علي مال الغير عُدْوَاناً» [١] . ويصح عندهم غصب العقار، ويضمنه الغاصب ، ويتحقق غصبه بإثبات اليد عليه مستقلا دون إذن المالك[٢] .

خلاصة ما سبق :

يتضح من جملة ما عرض له من مذاهب العلماء بخصوص تعريف الغصب – الذي يكون في النظر الشرعي ضررا معتبرا– أن هناك اتجاهين لدي الفقهاء بهذا الخصوص: **الأول:** اتجاه الحنفية– والمالكية قريبون منهم في ذلك – الذي يضيق مفهوم الغصب بتلك القيود المشار إليها سابقا، والتي منها : قيد إزالة اليد المحقة وإثبات اليد المبطلة، وقيد أن يكون ذلك بفعل في المال، وأن يكون هذا المال عينا منقولة (وهذا القيد الأخير مما اختص به الفقه الحنفي).

والثاني: اتجاه الشافعية والحنابلة ومن وافقهم الذي يتوسع في مفهوم الغصب، فهم يعتبرون كل استيلاء علي حق الغير : عقارا كان هذا الحق أو منقولا، منفعة أو اختصاصا – غصبا محرما ما دام ذلك بغير حق، وينظرون إلي هذا علي أنه ضرر معتبر ، وليس يشترط عندهم تحقق تلك القيود التي قررها فقهاء الحنفية ومن وافقهم لاعتبار ذلك غصبا محرما.

---

(١) – شرائع الإسلام (٣/٣٤٧).

(٢) – المصدر السابق .

ويؤيد هذا الاتجاه الثاني – أدلةٌ عديدة منها :

أ– إطلاق النصوص التي تحرم الاعتداء علي حقوق الغير وعدم تقييدها بنوع من الحقوق دون نوع.

ب– اقتراب مفهوم الغصب في هذا الاتجاه من المفهوم اللغوي للغصب– الذي يشمل الحقوق المالية وغيرها (١) – الذي لا يوجد في الأدلة الشرعية ما يصرفه عنه ، وتقضي القاعدة الأصولية بوجوب حمل الألفاظ علي معانيها الشرعية إذا وجد تحديد شرعي لها : كألفاظ الصلاة، والصيام، والزكاة، وإلا حملت علي معانيها العرفية أو اللغوية.

ج– أن تقييد الغصب علي النحو الذي أخذ به الحنفية ومن وافقهم يؤدي إلي استمرار الضرر حيث وقع ، وإلي عدم محاسبة الغاصب علي فعله، وعدم تكليفه برفع الضرر المأمور به شرعا (٢)، وهذا يخالف قواعد التشريع ومقرراته التي تقضي بمنع وقوع الضرر ابتداء فإذا وقع فإنها تقضي برفعه وضمان ما تولد عنه .

هذا فإذا ثبت الغصب– وذلك وفق ما أشير إليه – فإنه لا خلاف بين الفقهاء علي الحكم بحرمته، وإيجابه الضمان، وذلك برد عين المغصوب ، أو مثله، أو قيمته (٣) .

---

(١)– انظر: لسان العرب مادة «غصب».

(٢)– انظر: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور محمد سراج (٢٥٩). ط : دار الثقافة للنشر والتوزيع– القاهرة . ١٤١٠/١٩٩٠.

(٣)– انظر: المغني لابن قدامة (١٧٧/٥، وما بعدها) . ط : القاهرة.

ونظرا لأن المال المغصوب قد تطرأ عليه زيادة ، أو نقصان ، أو تغيير، وقد يهلك - وهو تحت يد غاصبه - فإن الفقه الإسلامي فيه ثروة عظيمة القيمة لم تترك واقعة أو احتمالا يمكن أن يحدث في مال مغصوب إلا قدمت فيه فكرا فقهيا عظيما مستندا إلي نصوص الشريعة واصولها العامة(١) ، وتفصيل ذلك محله كتاب الغصب في كتب الفقه.

وبهذا فإنه يكون البحث قد فرغ من الحديث عن الغصب باعتبار أنه صورة من صور «أكل المال بالباطل» الذي هو في النظر الشرعي ضرر معتبر ، ونعرض فيمايلي لصورة أخري من صور أكل المال بالباطل، وهي الرشوة.

****

---

(١)- انظر: الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي (٢٠٩).

وراجع في تفصيل ذلك «كتاب الغصب» في : بدائع الصنائع (١٤٢/٧، وما بعدها) ، ومواهب الجليل (٢٧٤/٥، وما بعدها) ، والمهذب (١ / ٢٨٤، وما بعدها) والمغني لابن قدامة (١٧٧/٥ ، وما بعدها) .

المطلب السادس : الرشوة

يحرم الفقه الإسلامي الرشوة؛ ذلك أنها يتوصل بها إلي أكل مال الغير الموجب لإحراج صدره، والإضرار به.

والأصل في ذلك ما رواه عبد الله بن عمرو. قال : « لعن رسول الله -صلي الله عليه وسلم- الراشي ، والمرتشي » (١).

و« الراشي » المعطي، و« المرتشي » الآخذ ، وإنما تلحقهما العقوبة معا إذا استويا في القصد والإرادة، فَرِشَا المعطي لينال به باطلا، ويتوصل به إلي ظلم ، فأما إذا أعطي ليتوصل به إلي حق، أو يدفع عن نفسه ظلما، فإنه غير داخل في هذا الوعيد.

ويدل علي هذا ما روي عن الحسن ، والشعبي، وجابر بن زيد، وعطاء أنهم قالوا : « لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه، وماله ، إذا خاف الظلم » (٢).

---

(١) – أخرجه أبو داود ، والترمذي، وابن ماجة، والإمام أحمد في مسنده : مختصر سنن أبي داود مع المعالم (٥/٢٠٧) كتاب الأقضية، باب : «في كراهية الرشوة». وسنن الترمذي مع التحفة(٤/٥٦٧) كتاب الأحكام، باب : « ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم » . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح.

وسنن ابن ماجة (٢/٧٧٥) كتاب الأحكام، باب « التغليظ في الحيف والرشوة».

ومسند الإمام أحمد (٢/١٦٤).

وفي الباب من حديث أبي هريرة عند الترمذي ، وأحمد قال : « لعن رسول الله- ﷺ - الراشي والمرتشي في الحكم » . قال الترمذي : حديث أبي هريرة حديث حسن .

وفي الباب أيضا من حديث ثوبان عند أحمد قال : « لعن رسول الله -ﷺ - الراشي والمرتشي والرائش ، يعني : الذي يمشي بينهما».

مسند الإمام أحمد (٢/٣٨٨) : مسند أبي هريرة، (٥/٢٧٩): مسند ثوبان .

(٢) – معالم السنن للخطابي (٥/٢٠٧). ويتقوي هذا – أيضا – بما روي أن ابن مسعود – رضي الله عنه – « أخذ في سبي، وهو بأرض الحبشة ، فأعطي دينارين حتي خلي سبيله ».

وكذلك الآخذ : إنما يستحق الوعيد إذا كان ما يأخذه علي حق يلزمه أداؤه، فلا يفعل ذلك حتي يرشي ، أو عمل باطل يجب عليه تركه ، فلا يتركه حتي يصانع، ويرشي (١) .

والبحث يشير فيما يلي إلي وجهات مذاهب الفقه الإسلامي بهذا الخصوص:

أولا : وجهة الفقه الحنفي

يري الحنفية أن الرشوة تنقسم إلي أربعة أقسام، الأول: ما هو حرام علي الآخذ، والمعطي، وهو الرشوة علي تقليد القضاء والإمارة.

الثاني: ارتشاء القاضي ليحكم ، وهو كذلك (يعني أنه حرام) ولو القضاء بحق ؛ لأنه واجب عليه .

الثالث: أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر، أو جلبا للنفع، وهو حرام علي الآخذ فقط، وحيلة حلها : أن يستأجره يوما إلي الليل، أو يومين ، فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلي السلطان للأمر الفلاني.

الرابع: ما يدفع لدفع الخوف - من المدفوع إليه - علي نفسه، أو ماله ، فهو حلال للدافع ، حرام علي الآخذ ؛ لأن دفع الضرر عن المسلم واجب، ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (٢) .

---

(١)- انظر: معالم السنن (٥/٢٠٧).
(٢)- انظر: فتح القدير (٧/٢٥٤، ٢٥٥).

هذا والرشوة الحرام يجب ردها ، ولا تملك ، ففي « القنية » : أنه لو « دفع للقاضي ، أو لغيره سحتا – رشوة – لإصلاح المهم، فاصلح ثم ندم، يرد ما دفع إليه » [1] .

والحاصل من مجموع ما سبق: أن الرشوة الحرام – التي يعتبرها الحنفية ضررا – هي الرشوة علي تقليد القضاء والإمارة، وارتشاء القاضي ليحكم ولو القضاء بحق لأنه واجب عليه ، وأخذ المال ليسوي أمره عند السلطان، أو ليمنع عنه أذاه.

وأما دفع المال ليندفع به الخوف- من المدفوع إليه – علي نفسه أو ماله فهو جائز للدافع، حرام علي الآخذ.

ثانيا : وجهة الفقه المالكى

يقرر المالكية أن الرشوة المحرمة – التي ينظر إليها علي أنها ضرر معتبر يجب منعه – هي : أخذ المال أو دفعه لإبطال حق ، أو تحقيق باطل[2] .

وأما دفع المال لإبطال الظلم فهو جائز للدافع ، حرام علي الآخذ[3] .

جاء في « الطرر » لابن عات قال ابن عيشون: « أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم علي نفسه، وكان الظلم محققا »[4] .

ثالثا: وجهة الفقه الشافعى

يعرف الشافعية الرشوة بأنها : ما يبذل ليتوسل به إلي أغراض

---

(١)- انظر: حاشية رد المحتار (٥/٣٨٣).

(٢)- انظر : الخرشي علي خليل مع حاشية العدوي (٧/١٩٣).

(٣)- المصدر السابق.

(٤)- تبصرة الحكام لابن فرحون (١/٢٣).

ومقاصد (هي اعمال) : إما أن تكون محرمة، أو تكون واجبة متعينة علي المبذول له (الآخذ) .

فتلك هي الرشوه الحرام [١] التي ينظر إليها الفقه الشافعي علي أنها ضرر معتبر يجب منعه .

فإن كان الباذل قد بذل الرشوة ليصل إلي حقه، فلا يحرم عليه كفداء الأسير.

قال النووي : « وأما باذل الرشوة ، فإن بذلها ليحكم له بغير الحق، أو يترك الحكم بحق، حرم عليه البذل ، وإن كان ليصل إلي حقه، فلا يحرم كفداء الأسير» [٢] .

وأما المتوسط بين المرتشي والراشي ، فله حكم موكله منهما، فإن وكلا، حرم عليه ؛ لأنه وكيل للآخذ، وهو محرم عليه [٣] .

رابعا: وجهة الفقه الحنبلي

يري الحنابلة أن الرشوة المحرمة - التي تعد في النظر الفقهي ضررا معتبرا - هي ما يأخذه المرتشي ليحكم بغير الحق للراشي، أو ليوقف الحكم عنه [٤] ، ويعدون ذلك من أعظم الظلم وأقبحه .

ويستوي في الحرمة - هنا - الراشي، والمرتشي، والرائش لأنه السفير بينهما .

---

(١) - انظر : الروضة (١١/١٤٤).

(٢)-انظر: السابق(١١/١٤٣).

(٣)- الروضة (١١/١٤٣)، وانظر : المهذب (٢/٣٧٤).

(٤) - انظر: المغني لابن قدامة (١٠/٦٩) . ط : القاهرة، والفروع لابن مفلح (٦/٤٤٧، وما بعدها) .

فأما إن رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه علي واجبه، فقد نقل ابن قدامة أنه قال عطاء، وجابر بن زيد، والحسن: « لاباس أن يصانع عن نفسه »[1] ، وقال جابر بن زيد : « ما رأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا »[2] - وعقب علي ذلك بهذا التعليل « لأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره » [3] .

فإن ارتشي الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ، فعليه ردها إلي أربابها ؛ لأنه أخذ بغير حق، فاشبه المأخوذ بعقد فاسد ، ويحتمل أن يجعلها في بيت المال ؛ لأن النبي - صلي الله عليه وسلم - لم يامر ابن اللتبية [4] بردها علي أربابها ، وقد قال أحمد : « إذا أهدي البطريق لصاحب الجيش عينا، أو فضة لم تكن له دون سائر الجيش ». قال أبو بكر: « يكونون فيه سواء » [5] .

خامسا : وجهة الفقه الظاهرى

الرشوة المحرمة عند ابن حزم - والتي ينظر إليها علي أنها ضرر معتبر يجب منعه - هي : ما أَعْطَاهُ المرءُ ليُحْكَم له بباطل ، أو ليُولَّي ولاية، أو ليُظْلَم له إنسانٌ . قال ابن حزم : « فهذا يأثم المعطي والآخذ »[6] .

فأما من منع من حقه فأعطي ليدفع عن نفسه الظلم، فذلك مباح للمعطي ، وأما الآخذ فآثم، وفي كلا الوجهين فالمال المعطي باق علي ملك صاحبه الذي أعطاه كما كان كالغصب ولا فرق[7].

---

(١)- ، (٢) انظر: السابق .　　(٣)- المغني (١٠/٦٩).

(٤)- حديث ابن اللتبية أخرجه مسلم في صحيحه (٤/٤٩٧) كتاب الإمارة، باب : «تحريم هدايا العمال».

(٥)- المغني (١٠/٦٩).

(٦)- ، (٧) المحلي (٩/١٥٧).

سادسا : وجهة الفقه الزيدي

يقرر الزيدية حرمة الرشوة واعتبارها ضررا واجب القطع ؛ لانها إما علي محظور، أو واجب، فإن طلب الراشي الوصول إلي حقه جاز، وإن حرم الأخذ ؛ كالأسير يفك نفسه بماله [1] .

سابعا : فقه الشيعة الإمامية

يري الإمامية أن الرشوة حرام علي آخذها ، ويأثم الدافع لها إن توصل بها إلي الحكم له بالباطل ، ولو كان إلي حق : لم يأثم، ويجب علي المرتشي إعادة الرشوة إلي صاحبها ، ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له [2] .

خلاصة ما سبق :

والذي يظهر لي من مجموع ما ذكر أن الفقه الإسلامي يري أن الواجب - أصلا - بالنسبة للمسلم أن لا يدفع رشوة لأحد حتي لا تتفشي تلك الرذيلة في مجتمع المسلمين بما تحمله من أضرار كثيرة ومفاسد عدة، وذلك قطعا لهذه المضار ، ودرءا لتلك المفاسد .

فإن كانت حاجة المسلم إلي الحق ماسة وشديدة بحيث لاتحتمل التأجيل ، وكان حقه صحيحا شرعا دون أي شك ، ولم يجد طريقا للحصول علي هذا الحق إلا الرشوة - فليس يكون آثما إذا توسل إلي حقه هذا عن طريق الرشوة .

---

(١)- انظر: البحر الزخار (١٢٣/٦).

(٢)- انظر: شرائع الإسلام (٧٨/٤).

علي أنه ينبغي أن يكون ذلك محكوما بقاعدة الموازنة بين المضار المتعارضة، فالرشوة تحمل من الأضرار والمفاسد الشيء الكثير ، لكن هذه الأضرار حينما تعارض بالأضرار التي تلحق بصاحب الحق- الباذل للرشوة توسلا إلي حقه - نتيجة تفويت الحق عليه بمنعه من بذل الرشوة ، وذلك بحيث ترجح كفة هذه الأضرار علي ضرر الرشوة ، فإنه تعمل قاعدة الموازنة بين المضار التي حاصلها : « أنه إذا تعارض ضرران، يتحمل الضرر الأيسر لتفويت الضرر الأعظم» فيتحمل ضرر الرشوة لتفويت ضرر الراشي ، ويكون العكس هو الصحيح في حالة ما إذا تبين أن الضرر الأعظم هو ضرر الرشوة.

تلك هي حقيقة الرشوة ونظر الفقه الإسلامي إليها .

****

المطلب السابع : المقامرة

المقامرة هي الميسر المنهي عنه بنص القرآن الكريم . قال – تعالي – ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾ (١) .

وقد جاء في سبب نزول هذه الآية : أن الرجل كان يخاطر الرجل «أي: يقامره» علي أهله، وماله، فأيهما قمر صاحبه «أي : غلبه» ذهب بماله، وأهله، فيورث ذلك العداوة والبغضاء ؛ لأنه أكل مال الغير بالباطل .

ففي الطبري عن قتادة، قال: «كان الرجل في الجاهلية يقامر عن أهله وماله : فيقعد حزينا سليبا ينظر الي ماله في يدي غيره، فكانت (أي : المقامرة) تورث بينهم عداوة وبغضاء ، فنهي الله عن ذلك، وقدم فيه – والله أعلم– بالذي يصلح خلقه» (٢) .

وعلي هذا فإنه يكون كل شيء فيه قمار ميسرا محرما بقطع النظر عن اسمه .

قال مجاهد ، ومحمد بن سيرين ، والحسن، وابن المسيب، وعطاء ، ومعاوية بن صالح ، وطاووس ،وعلي بن أبي طالب ، وابن عباس – رضي الله عنهم – :«كل شيء فيه قمار من نرد وشطرنج فهو الميسر ، حتي لعب الصبيان بالجوز، والكعاب (٣) ، إلا ما أبيح من الرهان في الخيل ، والقرعة في إفراز الحقوق» (٤) .

---

(١)– آية (٩٠) ، (٩١) سورة المائدة .

(٢)– انظر: تفسير الطبري (٧/٣٥).

(٣)– الكعاب : فصوص النرد .

(٤)– انظر: تفسير القرطبي (١/٨٦٠).

وقال مالك : الميسر ميسران : ميسر اللهو، وميسر القمار، فمن ميسر اللهو : النرد، والشطرنج، والملاهي كلها ، وميسر القمار : ما يتخاطر الناس عليه [1] .

وكل ما قومر به فهو ميسر عند مالك ، وغيره من العلماء [2] .

وهذا يدلنا علي أن أية معاملة أو تعاقد يتحقق فيه معني المقامرة، فإنه يكون من الميسر المحرم، وليس يخالف في ذلك مسلم، وهذا بخلاف ميسر اللهو الذي يخلو من المقامرة، فإنه جري فيه الخلاف بين العلماء[3] .

وهكذا فإننا نلاحظ من حكم الإسلام في المقامرة أنه يهدف إلي حماية الفرد المسلم من المخاطرة التي تؤدي إلي لحوق الضرر به، وحماية المجتمع – في ذات الوقت – من وقوع العداوة والبغضاء بين أفراده كنتيجة طبيعية لأكل مال الغير بالباطل .

وبهذا فإنه يكون البحث قد فرغ من بيان تلك الجملة من الأضرار التي تقع في نطاق أبواب المعاملات المالية، وبيان مدي اعتبار الشريعة لكل ضرر منها، وذلك علي النحو الذي سبق أن أشير إليه .

والبحث يعرض فيما يلي لجملة أخري من أنواع الضرر فيما يتصل بالحقوق العقارية وحقوق الارتفاق ، وموقف مذاهب الفقه الإسلامي منها، ومدي اعتبار الشريعة لذلك، وهذا هو موضوع المبحث التالي .

* * * *

---

(١)– المصدر السابق .

(٢)– تفسير القرطبي (٨٦٠/١) .

(٣)– انظر : المغني لابن قدامة (١٥١/١٠ ، وما بعدها)

المبحث الثالث

انواع الضرر فيما يتصل بالحقوق العقارية وحقوق الارتفاق

ابتداء يمكن القول بأن الاصل في هذا المبحث- في الفقه الإسلامي- هو حديث « لاضرر ولا ضرار » ومدي إعمال المذاهب الفقهية له .

والحق أن هناك اتجاهين في الفقه الإسلامي بخصوص العمل بهذا الحديث :

الأول : يتوسع في تطبيق هذا الحديث والعمل به إلي حد أنه يذهب إلي تقييد كل حق ثابت للإنسان بعدم الضرر.

والثاني : يضيق العمل به -إلي حد ما- وذلك بالنظر إلي ما يقتضيه حق الملك نظرا مطلقا.

والبحث يعرض فيما يلي لتفصيلات ذلك في مذاهب العلماء.

أ- المذهب الحنفي

يقرر فقهاء الحنفية أن قول النبي – صلي الله عليه وسلم – « لا ضرر ولا ضرار» : عام مخصوص- ليس في ذلك من شك- للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر: كالتعازير ، والحدود، ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحبس في خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم، خصوصا إذا كان فيهم مريض يتضرر به ، قالوا : وكما أريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع (يعني : كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره، فأراد قطعها ، فإنه لا يمنع وإن تضرر به جاره؛ لأنه منعه عن الانتفاع بملك نفسه، ولم يتلف عليه ملكا ، ولا منفعة)، فلابد

أن يحمل - أي الحديث - علي خصوص من الضرر، وهو : مايؤدي إلي هدم بيت الجار، ونحوه من الضرر البين الفاحش، وفي «الذخيرة» : حكي عن بعض المشايخ- رحمهم الله - أن الدار إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنورا للخبز الدائم ، أو رحا للطحن ، أو مدقة للقصارين - يمنع منه ؛ لأنه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا.

قيل : وأجمعوا علي منع الدق الذي يهدم الحيطان، ويوهنها ، ودوران الرحا من ذلك.

والحاصل : أن القياس في جنس هذه المسائل : أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه ، وإن كان يلحق الضرر بغيره .

لكن يترك القياس في موضع يتعدي ضرره إلي غيره ضررا فاحشا، كما تقدم ، وهو المراد بالبين فيما ذكره الصدر الشهيد[١] ، وهو : ما يكون سببا للهدم، وما يوهن البناء سبب له، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو : ما يمنع من الحوائج الأصلية : كسد الضوء بالكلية...، واختاروا الفتوي عليه.

وأما التوسع إلي منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان[٢] .

والنظر الفقهي إلي هذا الذي قاله فقهاء الحنفية ينتهي بنا إلي تقرير هاتين النتيجتين :

---

(١) - عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، برهان الأئمة ، حسام الدين ، المعروف بالصدر الشهيد، من أكابر الحنفية ولد سنة ٤٨٣هـ= ١٠٩٠م ، وقتل في سمرقند سنه ٥٣٦= ١١٤١م، ودفن في بخاري . انظر الأعلام للزركلي (٥١/٥) ، ومعجم المؤلفين لكحالة (٢٩١/٧).

(٢)- انظر : فتح القدير (٣٢٦/٧).

(الأولي): أن الفقه الحنفي يُغَلِّبُ ما يقتضيه حق الملك علي حديث: «لا ضرر» فيجعل لصاحب الملك أن يفعل ما بدا له مطلقا؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره.

ومن هنا فإنه تتضح وجهة الفقه الحنفي في عدم التوسع إلي منع كل ضرر ما؛ لأن ذلك يفضي إلي سد باب انتفاع الإنسان بملكه.

وهذا هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وأصحابه [١].

قال في «البحر الرائق» ذكر العلامة ابن الشحنة أن في حفظه: أن المنقول عن الأئمة الخمسة: أبي حنيفة، وأبي يُوسُفَ، ومحمد، وزفر، والحسن بن زياد: أنه - يعني المالك - لا يمنع عن التصرف في ملكه، وإن أضر بجاره [٢].

ويؤكد من ذلك ما جاء في «المبسوط»، فقد قال السرخسي:

«وللإنسان أن يتصرف في ملك نفسه بما يبدو له، وليس للجار أن يمنعه عن ذلك...؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه...، والحاصل: أن من تصرف في خالص ملكه لم يمنع منه في الحكم، وإن كان يؤدي إلي إلحاق الضرر بالغير ألا تري أن من اتجر في حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك، وإن كانت تكسد بسببه تجارة...، فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه» [٣].

---

(١)- انظر: فتاوي قاضيخان (١١٦/٣، ١١٧)، وفتح القدير (٣٢٥/٧)، والدر المختار (٢٤٧/٥، ٢٤٨).

(٢) - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٣٣/٧).

(٣)- المبسوط (٢١/١٥).

ومثل ذلك نجده في «البدائع» حيث ذكر الكاساني - رحمه الله - أن : «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ، ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق، وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة، وكذلك حكم الحق الثابت في المحل» [(١)] .

إذا عرف هذا فإنه يظهر أن للمالك «أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء، سواء كان تصرفا يتعدي ضرره إلي غيره، أو لا يتعدي . . . ؛ لأن الملك مطلق للتصرف» [(٢)] . وهذا هو الراجح في المذهب .

(النتيجة الثانية) : أن مجال إعمال حديث «لا ضرر ولا ضرار » في باب تصرف الإنسان في خالص ملكه - في الفقه الحنفي - محدود بما إذا كان الضرر بينا (يعني : فاحشا) ، وهو ما اختاروا الفتوي عليه .

والضرر البين ضوابطه - عندهم - : أن يكون سببا للهدم (مع اعتبار أن ما يوهن البناء يكون سببا للهدم).

- أو أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية : كسد الضوء بالكلية.

والحنفية -هنا- يفرقون بين ما يمنع الحوائج الزائدة : كمنع الشمس، والريح ، وبين ما يمنع الحوائج الأصلية كمنع الضوء بالكلية، فلا يمنعون الضرر في الحالة الأولي، ويمنعونه في الثانية [(٣)] .

---

(١)، (٢) - بدائع الصنائع للكاساني (٦/٢٦٣، ٢٦٤) .

(٣) - جامع الفصولين لابن قاضي سماونه: محمود بن إسرائيل (٢/١٩٤)، الطبعة الأولي : المطبعة الكبري الأميرية ببولاق مصر المحمية سنة (١٣٠٠هـ) .

مع ملاحظة أن يكون الضرر - الممنوع منه - مانعا للحوائج الأصلية بالكلية، كما في منعه كل أثر للضوء بحيث يظلم ، ويعتم، فإن كان في الدار سبيل أخري يتوصل بها إلي بعض الضوء لم يكن ذلك منعا للحوائج الأصلية(١) .

وحينئذ فإنه يترك القياس- الذي هو : أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع عنه - في محل يضر بغيره ضررا بينا، ويمنع المالك من التصرف الذي شانه ذلك؛ استحسانا لأجل قطع الضرر(٢) .

وقد عدّ ابن عابدين في حاشيته علي «الدر المختار» أن المنع من الضرر مطلقا - سواء -أكان بيّنا أم لا - كما جاء في «الخيرية» - عزوا إلي «التتارخانية» ، و«العمادية» - سبْق قلم، وأشار إلي أن ذلك ليس في العمادية كما رأي .

علي أنه قد جاء في الدر المختار: « .. قال المحشي: تصرفه في ملكه إن أضر أو أشكل يمنع، وإن لم يضر لم يمنع، قال : ولم أر من نبه عليه فليغتنم فإنه من خواص كتابي» (٣) . وذلك من غير اشتراط أن يكون الضرر بينا .

ونعرض - هنا - لنصوص مسائل فقهية وردت في كتب المذهب الحنفي تبين إلي أي مدي التزم مشائخه بما ذكر علي مستوي التطبيق العملي (أي : عند الحكم علي الوقائع الحادثة التي تعرض لهم) .

---

(١)- حاشية رد المحتار لابن عابدين (٤٤٨/٥) .

(٢)- الدر المختار (٤٤٨/٥)، وتبيين الحقائق (١٩٦/٤) .

(٣)- حاشية رد المحتار (٤٤٨/٥) ، والدر المختار مع الحاشية (٤٤٩/٥) .

مسألة : أصاب بالقسمة ساحة لابناء فيها ، وأصاب الآخر البناء ، فأراد ذو الساحة أن يبني فيها، ويرفع بناءه، فقال ذو البناء : إنك تسد علي الريح، والشمس ، فلا أدعك ترفع البناء ، فله منعه، لا في ظاهر الرواية؛ لأن ذا الساحة منعه عن الانتفاع بملكه، ولم يتلف عليه ملكا، ولا منفعة، فلا يمنع منه، كرجل له شجرة، يستظل بها جاره فأراد قلعها لا يمنع منه ولو تضرر به جاره ؛ إذ رب الشجرة بالقلع يمنعه عن الانتفاع بملكه، وتصير هذه المسألة رواية في مسألة لا رواية فيها [1] .

وهي : بيتان لرجلين ، وكلاهما بسقف واحد، وليس لأحدهما شبابيك، وله كوات[2] علي سطح البيت الآخر، فأراد رب هذا البيت أن يجعل بيته ذا سقفين فمنعه صاحب الكوات قائلا بأنه يسد كواتي - ينبغي أن لا يكون له المنع علي قياس هذه المسألة إذ المالك يجعل بيته ذا سقفين بمنع صاحب الطاقجات عن الانتفاع بهواء ملك نفسه [3] . ولو كان البيتان في القديم بسقف واحد فلصاحب الطاقجات منعه عن الانتفاع، لا لو كان في القديم سقفان.

وحد القديم : أن لا يحفظ أقرانه إحداثه وراء هذا الوقت كيف كان، ويجعل أقصي الوقت الذي يحفظه الناس حد القديم، ويبني عليه الأمر.

وقد يفرق بين هذه المسألة ومسألة الساحة، ففي مسألة البيتين ان من يريد البناء يمنع الآخر عن الضوء، والضوء من الحوائج الأصلية، وفي مسألة الأصل : يمنعه عن الشمس ، والريح، وذا من الحوائج الزائدة .

---

(١)- جامع الفصولين (٢/١٩٤) ، وفتح القدير (٣٢٦/٧)، وفتاوي قاضيخان بهامش الفتاوي الهندية (٣/ ١١٦، ١١٧). قوله : « وله منعه » نسبه في الفتاوي إلي نصير - رحمه الله -.

(٢) الكوة بفتح ، وضم مع تشديد الواو: ثقب البيت ، وتستعار لمفاتيح الماء إلي المزارع والجداول ، والمراد بها ما يفتح في حائط البيت لأجل الضوء ، أو ما يخرق فيه بلا نفاذ لأجل وضع متاع، ونحوه . حاشية ابن عابدين علي الدر (٤٤٣/٥) .

(٣)- جامع الفصولين (١٩٤/٢)، فتح القدير (٣٢٦/٧) ، فتاوي قاضيخان (١١٦/٣، ١١٧).

ولمالك الساحة : أن يبني فيها حماما، أو تنورا، أو بالوعة، أو بئر ماء؛ لأنه يبني في خالص ملكه، فلا يمنع عنه، ولو أضر بجاره.

وعن أبي حنيفة – رحمه الله تعالي – أن رجلا شكي إليه من بئر حفرها جاره في داره، فقال: « احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة، ففعل، فنزت البئر الأولي، فكبسها [1] » .فالإمام لم يفته بمنع الحافر عن الحفر، وإنما هداه إلي هذه الحيلة.

وعليه فإنه لو اتخذ بئرا في ملكه، أو بالوعة فنز منها حائط جاره، وطلب جاره تحويلها لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لم يضمن، هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية [2] .

وهذه المسألة تطبيق عملي لما أشرنا إليه من وجهة الفقه الحنفي بخصوص العمل بمقتضي حديث «لا ضرر، ولا ضرار».

فظاهر الرواية لم يمنع صاحب الساحة من البناء فيها، وإن كان ذلك يضر بدار جاره؛ لأنه تصرف في خالص ملكه؛ ولأنه منعه عن الانتفاع بملكه، ولم يتلف عليه ملكا ، ولا منفعة، فكونه لم يتلف عليه ملكا ولا منفعة يفيد أن الضرر الواقع بالتصرف ليس بينا، ومن ثم فإنه لا يمنع منه.

ثم إن الضرر تمثل في تفويت حوائج زائدة من منع للشمس والريح، ولم يخرج ملك الغير عن الانتفاع بالكلية بأن منعه حوائجه الأصلية.

علي أن المذهب فيه : أنه يمنع من مثل هذا الضرر – مع أنه لم تتحقق فيه الضوابط المذكورة – لا في ظاهر الرواية، وذلك مستفاد من قوله السابق: « فله منعه، لا في ظاهر الرواية ».

---

(١)– جامع الفصولين (٢/١٩٤)، والبحر الرائق لابن نجيم (٧/٣٣) .

(٢)– فتح القدير (٧/٣٢٥) .

ولعل هذا يكون هو المشار إليه في حاشية ابن عابدين من أنه يمنع الضرر مطلقا سواء كان بينا أو لا ، وإن كان ابن عابدين قد عد ذلك سبق قلم.

مسألة ثانية : أراد أن يبني في داره تنورا للخبز الدائم، أو رحا للطحن ، أو مدقة للقصارين – يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا.[1] .

وعن أبي يوسف : ولو اتخذ داره حماما، ويتأذي الجيران من دخانها فلهم منعه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران [2] .

وعن بعضهم : إذا استفتي عن بناء تنور في ملكه للخبز في وسط البزازين ، تارة كان يفتي بأن له ذلك، وتارة يفتي بأنه ليس له ذلك [3] .

والحق أننا نلحظ في هذه المسألة أن دائرة إعمال حديث «لا ضرر ولا ضرار» تتسع شيئا ما؛ إذ إن الضرر البين الذي يمنع منه عند الحنفية ليس موجودا في كل الصور ، هذا إن سلمنا بوجوده في بعضها .

فاتخاذ التنور في ملكه – مثلا – لا يلزم عنه بحال إتلاف ملك الغير، وخروجه عن المنفعة بالكلية، وعليه فإن ضرر ذلك لا يكون بينا، ومع ذلك فإن المذهب يمنع منه .

وهذا نزول بالضرر البين عن تلك الضوابط التي ذكروها ، ومنع ضرر كهذا في المذهب يجعلنا نقترب من توسيع دائرة إعمال حديث : «لا ضرر ولا ضرار» في هذا الباب : باب تصرف الإنسان في خالص ملكه .

(١، ٢) – انظر : فتح القدير (٧/ ٣٢٦)، وجامع الفصولين (٢/ ١٩٤)، ومعين الحكام (١٦٢)، وتبيين الحقائق (٤/ ١٩٦) .

(٣)– جامع الفصولين (٢/ ١٩٤) ، ومعين الحكام (١٦٢) .

مسألة ثالثة : أصابه بالقسمة بناء ولآخر ساحة لابناء فيها ففتح ذو البناء في جدار عُلُوِّه كوة - ليس لذي الساحة منعه ؛ إذ تصرف في ملكه، ولم يتلف ملك غيره ومنفعته ؛ ولأن له رفع كل جداره، فالكوة أولى.

ولو شرى بيتا سطحه وسطح جاره مستويان ، فأخذ جاره يتخذ سترة بين السطحين لا يجبر عليه؛ إذ لا يجبر المالك على البناء في ملكه، ولو أراد منعه عن الصعود ، فلو يقع بصره في دار جاره إذا صعد فله منعه؛ إذ فيه ضرر زائد ، ولولا يقع بصره في دار جاره ولكن يقع بصره عليهم لو كانوا علي السطح ، لا يمنعه إذا استويا في الضرر؛ لأنه إن كان يقع بصره عليهم يقع بصرهم عليه أيضا (١).

قال صاحب جامع الفصولين في التعليق علي ذلك :

« وعلى قياس ما تقدم ذكره- وهو فتح مالك البناء كوة إلى آخره- ينبغي أن يقال هنا : ليس له منعه عن الصعود ولو يقع بصره في دار جاره، ألا يري أن محمدا لم يجعل لذي الساحة حق المنع عن الكوة، مع أن بصر صاحب الكوة يقع في الساحة، أقول : يمكن أن تكون مسألة الكوة على ظاهر الرواية، وهو القياس ، ومسألة الصعود على غير الظاهر، فيجوز أن يكون جواب كل منهما جوابا في الأخرى ، ويمكن الفرق بأن وقوع البصر في مسألة الصعود أكثر إذ السطح أكشف، فالضرر فاحش بخلاف الكوة فافترقا » (٢) .

---

(١) ،(٢) - جامع الفصولين (٢/ ١٩٥).

وما عليه الفتوى: أنه إذا كانت الكوة للنظر، والساحة موضع النساء، يمنع صاحب الكوة من اتخاذها ؛ لكون الضرر بينا.[(١)] قال ابن عابدين : ولا فرق بين القديم، والحادث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها [(٢)] فيها .

وقد أفتى شيخ الإسلام قارئ الهداية لما سئل هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله، فأجاب بانه يمنع من ذلك[(٣)] .

وفي حاشية الرملي على جامع الفصولين : وقد سئلت في غرفة إذا صعد لها صاحبها من سلم داره يطلع على دار جاره وينظر إلى عوراته هل يمنع من الصعود ؟ فأجبت أخذا مما في فتاوي أبي الليث بالمنع بغير إعلام لحاجة ،كما هو جواب الاستحسان في الضرر البين [(٤)] .

والضرر هنا: النظر في دار الجار ، والاطلاع على عوراته .

ومعنى هذا: أن الفقه الحنفي يعتبر الأضرار المعنوية ـ من مثل النظر في دار الجار، والاطلاع على عوراته. والإشراف على مقر النساء ـ بمثابة الضرر البين (أي: الفاحش)، فيمنع منها كما يمنع من الضرر المادي.

ومن ثم فإنه تنضاف هذه المسألة بتوابعها إلى ما تقدم ذكره من المسائل التي يستفاد منها اتساع دائرة اعتبار الضرر في الفقه الحنفي – في باب : « تصرف الإنسان في خالص ملكه » .

---

(١)- الحواشي الرقيقة والتعاليق الأنيقة لخير الدين الرملي علي جامع الفصولين (٢/١٩٥)، قال كذا في المضمرات شرح مختصر القدوري، والحواشي المسماة بمنحة الخالق علي البحر الرائق لابن عابدين (٧/٣٣).

(٢)- منحة الخالق علي البحر الرائق لابن عابدين (٧/٣٣) .

(٣)- السابق .

(٤)- الحواشي الرقيقة (٢/١٩٥).

مسألة رابعة : وقعت شجرة في نصيب أحد المتقاسمين أغصانها متدلية إلي نصيب الآخر، يجبر صاحبها علي قطع الأغصان في رواية عن محمد، وعنه تترك كذلك ، وفي كتاب الصلح: خرج شعب نخلته إلي جاره ، فللجار قطعها لتفريغ هوائه ، قالوا: هذا علي وجهين : فلو أمكن تفريغه بشد الشعب علي النخلة كله، أو تفريغ بعضه بشد بعضها ، فله أن يأخذ رب النخلة بالشد لا بالقطع، فيما أمكن التفريغ بشده، وأما ما لا يمكن تفريغه إلا بقطعه فالأولي أن يستأذن ربها فيقطع بنفسه، أو يأذن له به، ولو أبي : يرفع إلي القاضي فيجبره علي القطع [1] .

والضرر في هذه المسأله ليس يسلم بأنه بين علي نحو ما أشاروا إليه ؛ إذ مثل ذلك لا يتلف ملكا، أو منفعته ، بل غاية ما هنالك : تفويت بعض المنفعة .

والحاصل : أنه يمكن القول بأن المذهب الحنفي يعتبر – في هذا الباب– الضرر وإن لم يكن بينا .

وينبني عليه توسيع دائرة إعمال حديث « لا ضرر ولا ضرار» في مجال التطبيق العملي .

وكل ما تقدم ذكره من المسائل كان بخصوص تصرف الإنسان في ملك نفسه، ومدي تحمله لمقتضي حديث « لا ضرر ولا ضرار» من جهة تقييده به في نفي الضرر وقطعه .

ونعرج الآن علي تصرف الإنسان **في الأعيان والمنافع المشتركة** لنري إلي أي مدي اعتبر الفقه الحنفي حديث « لا ضرر ولا ضرار» قيدا لصحة هذا التصرف .

---

(١)- جامع الفصولين (٢/ ١٩٥، ١٩٦) .

والبحث يعرض لذلك من خلال المسائل التالية :

مسألة : علو لرجل، وسفل لآخر . قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالي- : ليس لصاحب العلو أن يبني في العلو بناء، أو يتد وتدا إلا برضا صاحب السفل، وقال صاحباه- رحمهما الله - : له ذلك إذا لم يضر بالسفل (١) .

والمختار للفتوي: أنه إن أضر بالسفل يمنع ، وإن لم يضر لا يمنع، وعند الاشتباه والإشكال : يمنع .

وفي «العناية» : إذا كان علو لرجل ، وسفل لآخر ، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا (٢) ، ولا أن ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو، وليس لصاحب العلو أن يبني علي علوه ، ولا أن يضع عليه كنيفا(٣) إلا برضا صاحب السفل عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالي - .

وقالا (يعني : الصاحبين) : جاز لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به ، وقيل : هذا تفسير لقول أبي حنيفة - رحمه الله - يعني : أن أبا حنيفة إنما منع عما إذا كان مضرا، وأما إذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قولهما .

فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر(٤) .

فما لا شك في عدم ضرره : كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا، وما فيه ضرر ظاهر : كفتح الباب - ينبغي أن يمنع اتفاقا ، وما يشك

---

(١)- فتاوي قاضيخان بهامش الهندية (١١٧/٣).

(٢)- الوتد: كالخازوق القطعة من الخشب ، أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شيء، أو يربط به . حاشية رد المحتار (٤٤٣/٥) .

(٣)- الكنيف : بيت الخلاء. الدر المختار (٥٩٢/٦) .

(٤) - شرح العناية علي الهداية مع فتح القدير (٣٢١/٧).

في التضرر به :كدق الوتد في الجدار والسقف فعند أبي يوسف، ومحمد : لا يمنع ؛ لأن الأصل فيه الإباحة؛ لأنه تصرف في حق ملكه، والحظر بعارض الضرر، فإذا أشكل لم يجز المنع ؛ لأن اليقين لا يزال بالشك[1] .

وعند أبي حنيفة : الأصل الحظر؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير .

وقال شيخ الإسلام : إذا أشكل تصرف صاحب العلو، وهل يضر بالسفل، أولا؟ : لا يملكه بالاتفاق . وقال الصدر الشهيد : المختار إذا أشكل لا يملكه، وإذا لم يضر يملكه [2] .

وذكر قاضيخان : لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا و ما أشبه ذلك، عند أبي حنيفة : له ذلك، وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما : الحكم معلول بعلة الضرر.

والحاصل : أنه يمكن القول بأن جواز التصرف في الملك المشترك مقيد بما لم يضر بالآخر، وذلك على هذا التفصيل : إن كان التصرف مما لا شك في عدم ضرره، فإنه يجوز اتفاقا ، وإن كان فيه ضرر ظاهر منع اتفاقا .

أما ما يشك في التضرر به فإنه لا يمنع عند الصاحبين، ويمنع عند أبي حنيفة، والمختار في مثل هذا الذي يشكل : أن المتصرف لا يملكه .

وليس يشترط هاهنا لاعتبار الضرر أن يكون بينا بالمعنى المشار إليه في باب « تصرف الإنسان في خالص ملكه » ، بل يكفي لاعتباره قطعه للمنفعة الأصلية بعضها أو كلها .

---

(١)- فتح القدير (٣٢١/٧، ٣٢٢).

(٢)- المصدر السابق .

مسألة ثانية : أخرج إلي طريق العامة كنيفا، أو ميزابا، أو جرصنا، أو دكانا – جاز إحداثه إن لم يضر بالعامة، ولم يمنع منه ، ولكل احد من أهل الخصومة منعه ابتداء، ومطالبته بنقضه ورفعه بعد البناء...، هذا كله إذا بني لنفسه بغير إذن الإمام، وإن بني للمسلمين : كمسجد ونحوه ، أو بني بإذن الإمام لا ينقض(١) .

وهنا احتراز، هو أنه لا ينبغي للإمام أن يأذن به إذا أضر بالناس ، بأن كان الطريق ضيقا (٢) .

قال ابن عابدين : وفي « الشمني » : أنه مع الضرر لا يجوز بلاخلاف؛ أذنَ الإمام، أو لم يأذن، ولعل المراد يأثم به، وإن لم يكن لأحد منازعته ؛ لأن منازعة ما يوضع بإذن الإمام افتيات عليه (٣) .

فإن كان إحداثه مثل هذا – في الطريق – يضر بالعامة، لم يجز الإحداث.

قال في الدر المختار :

« وإن كان يضر بالعامة (يعني : ما سبق من صور الإحداث) – لا يجوز (٤) إحداثه؛ لقوله –عليه الصلاة والسلام– : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

والقعود في الطريق لبيع وشراء يجوز إن لم يضر بأحد ، وإلا لا ، علي هذا التفصيل السابق (٥).

وهذا الذي سبق كله في الطريق النافذ .

---

(١)– الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين (٥٩٢/٦، ٥٩٣).
(٢) ، (٣)– حاشية ابن عابدين علي الدر المختار (٥٩٣/٦).
(٤)– الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥٩٣/٦).
(٥)– السابق .

ويستفاد من جملة ما جاء في هذه المسألة : أن تصرف الإنسان في المنافع المشتركة – التي يتعلق بها حق عموم الأفراد – مقيد بعدم الإضرار.

وأن حد الضرر هنا ليس هو كونه بينا كما مر في تصرف الإنسان في خالص ملكه ، بل هو قطع المنفعة الأصلية بعضها ، أو كلها.

وذلك بأن يكون من شأن الإحداث تفويت حق انتفاع العموم بصورة أو بأخري ، كما هو الحال في الإحداث إلي طريق العامة.

فالمنفعة الأصلية للطريق هي المرور بيسر ، ومن غير مشقة، والإحداث فيها والقعود بها إن تعذر بسببهما المرور، أو شق علي المارة، فإنه يمنع منهما ؛ لوقوعهما غير جائزين بالخروج عن قيد عدم الإضرار.

مسألة ثالثة : سكة غير نافذة أراد بعض أهلها أن يجعل فيها طينا، قالوا : إن ترك من الطريق مقدار ما يمر فيه الناس، ويتخذ ذلك في الأحايين، ويرفعه سريعا، ولا يتركه في الطريق لايمنع من ذلك (١).

ووقوع مثل هذا التصرف جائزا إنما كان بسبب مجيئه علي وفق قيد عدم الإضرار.

فإحداث الطين لم يقطع منفعة الطريق التي هي المرور، بل ترك من الطريق مقدار ما يمر فيه الناس، ثم إنه مما يتخذ في الأحايين وليس دائما ، وهو بعد ذلك يرفع سريعا ولايترك.

مسألة رابعة : طريق غرس فيه رجل شجرة الفرصاد، قالوا : لا بأس به إذا كان لا يضر بالطريق، ويطيب للغارس ورقها ، وأكل فرصادها (٢).

---

(١)- فتاوي قاضيخان بهامش الهندية (١١٨/٣).

(٢)- السابق.

والمسألة ظاهرة في أن التصرف في الطريق بالغرس لا بأس به إذا كان لا يضر .

والذي يلاحظ علي المذهب الحنفي في هذا الباب : باب التصرف في الأعيان والمنافع المشتركة - أنه يوسع دائرة إعمال حديث : « لا ضرر ولا ضرار » إلي حد اعتبار عدم الضرر قيدا لازما لا بد من وقوع التصرف علي وفقه حتي يحكم بجوازه، ولا يمنع منه .

والضرر المعتبر - هنا - مطلق في المتون من غير اشتراط أن يكون بينا، وهو قطع المنفعة « الأصلية » بعضها ، أو كلها .

وهذا بخلاف ما مر من وجهة المذهب في باب تصرف الإنسان في خالص ملكه، فإنه يكون مطلق التصرف، وهو ظاهر الرواية، ومقتضي القياس، غير أن مشائخ المذهب والمتأخرين من علمائه قيدوا وقوع التصرف جائزا بأن لا يضر ضررا بينا، وذلك بالاستحسان قطعا للضرر، ولأجل المصلحة، وهو ما اختاروا الفتوي عليه .

خاتمة القول في وجهة المذهب الحنفي
بخصوص العمل بحديث «لا ضرر» في البابين المذكورين

يقـرر البـحث أن المذهـب الحنفي يفـرق في ذلك بين هـذين البـابين : بـاب التـصـرف في خـالص الملك ، وبـاب التـصـرف في الأعـيـان والمنافع المشتركة .

أما البـاب الأول ، وهـو « تصرف الإنسـان في خالص ملكـه » - فإنه يمكن القول بأننا نجد ثلاث وجهات في المذهب بخصوص العمل بحديث : **« لا ضرر ولا ضرار »** .

الوجهـة الأولى : أن الملك مطلق للتـصـرف، وهو ظاهر الرواية، وراجح المذهـب .

ومن هنا فـإنه يقـال إن تصـرف المالك في خـالص ملكه ليس مجـالا لحديـث : « لا ضرر ولا ضرار » .

يعني : أن الحديث لا يعمل - هنا - في هذا الباب .

الوجهة الثانية : انه يقـيـد تصـرف الإنسـان في ملكه بأن لا يضـر بالغير ضررا بينا .

والبين هو ما يكون سببا للهدم ...، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وقد تقدم تفصيل ذلك .

وهـذا جـواب المشـايخ استـحسـانا ، وعلـماء المذهـب المتـأخرين ، وما اختاروا الفتوى عليه .

ومن ثـم يلحظ أن باب تصـرف الإنسـان في خـالص ملكه - صـار مجالا لحديث « لا ضرر ولا ضرار » . يعني : أن الحديث عمل فيه، ودخله .

وبذلك تكون الدائرة المغلقة - هنا - (وهي دائرة تصرف الإنسان في خالص ملكه) أمام الحديث قد انفرجت ، ودخلها الحديث، علي أن ذلك لم يزل بقدر محدود.

ويشير البحث إلي أن ما تقدم ليس يعني بحال أنه يَحِلُّ الضرر، بل غاية ما هنالك : أنه يجوز في الحكم، وإن كان لا يجوز ديانة.

وقد نص علي ذلك في كتب الحنفية (١) .

الوجهة الثالثة : وهي ما أفادها البحث من الاستقراء لعدد من مسائل الباب ، إضافة إلي ما نقل عن بعضهم - مما عده ابن عابدين سبق قلم - من أنه للإنسان أن يتصرف في خالص ملكه مالم يضر، من غير أن ينص علي أن الضرر الممنوع منه هو ما كان بينا.

وحينئذ فإنه يلاحظ اتساع دائرة إعمال حديث : «لا ضرر ولا ضرار» علي مستوي التطبيق العملي في المذهب الحنفي.

ولعل هذه الوجهة تكون قد جاءت بمراعاة الأمرين : حق الملك ، وحديث «لا ضرر ولا ضرار»، وهو الموافق لمصالح الناس، والذي فيه الأخذ بمجموع الأدلة الشرعية .

وأما الباب الثاني : «باب تصرفات الإنسان في الأعيان والمنافع المشتركة» - فإن المذهب وجهته : أن ذلك مجال خصب لحديث : « لا ضرر ولا ضرار».

فالتصرف في هذا الباب إنما يقع جائزا بقيد إذا لم يضر، والمتون لا تشترط لاعتبار الضرر - هنا - أن يكون بينا، وإنما يفهم من كلام الشراح

---

(١)- انظر: المبسوط (٢١/١٥) ، والبدائع (٢٦٤/٦) .

والمسائل : أنه قطع المنفعة الأصلية : بعضها ، أو كلها .

ومن ثم فإنه يقال - بحق - : إن الفقه الحنفي يوسع دائرة إعمال حديث : « لا ضرر ولا ضرار » في هذا الباب، بخلاف الباب السابق.

* * * *

مذهب المالكية

ب- مذهب المالكية

يمكن القول بأن المذهب المالكي اتخذ حديث : «لا ضرر ولا ضرار» - أصلا في تقييد الحقوق كافة لا سيما حق الملكية ، ولا غرو في ذلك ، فالإمام مالك - رحمه الله تعالي - صاحب المذهب هو راوي حديث : «لا ضرر ولا ضرار».

جاء في « الموطأ » في كتاب «الأقضية»، باب: «القضاء في المرافق» - : عن مالك عن عمرو ابن يحيي المازني عن أبيه أن رسول الله - صلي الله عليه وسلم - قال : «لا ضرر ولا ضرار» (١).

وفي الباب عن مالك عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبي محمد ، فقال له الضحاك: لِمَ تمنعني ؟ وهو لك منفعة، تشرب به أولا وآخرا، ولا يضرك ، فأبي محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا ، فقال عمر: «لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه، وهو لك نافع؟ ، تسقي به أولا وآخرا ، وهو لا يضرك»، فقال محمد : لا والله، فقال عمر: «والله ليمرَّنَّ ولو علي بطنك ، فأمر عمر أن يمر به ففعل الضحاك»(٢).

نعم لم يأخذ مالك بما وري عن عمر في ذلك(٣) - في أحد الأقوال- كما روي ابن القاسم في «المجموعة»، لكن عدم الأخذ بهذا الذي روي

---

(١)- الموطأ مع المنتقي (٦/ ٤٠).

(٢)- المصدر السابق (٦/ ٤٥).

(٣) - المدونة مع مقدمات ابن رشد (٤/ ٣٧٥)، وفي رواية زياد بن عبد الرحمن الأندلسي قول لمالك يقضي بالأخذ بقول عمر، وحمله علي إطلاق لفظه. قال في المنتقي (٦/ ٤٦): وأصل ذلك ما روي عن النبي -ﷺ- أنه قال: « لا ضرر، ولاضرار».

ليس معناه أنه لم يعتبر ضرر الضحاك، بل إنه -هنا- ذهب إلي تقديم اعتبار ضرر أكبر، وهو : أنه قد يدعي من أجيز له الارتفاق بملك الغير - مع تقادم الزمن - اليد علي هذا الملك، ويخاصم فيه ، وتشهد له البينة بذلك، فيكون قد ترتب علي تجويز الارتفاق- الذي أريد به قطع الضرر عن المرتفق- ضرر أكبر ؛ ذلك أن الناس زمن مالك لم يكانوا كالصحابة عدلا وورعا، ودخلهم من الفساد ما استحقوا التهم بسببه .

جاء في «المنتقي» : «وقال عنه أشهب : كان يقال يحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور ..، قال مالك : وأخذ بها من يوثق به، فلو كان معتدلا في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضي له بإجراء مائه في أرضك لأنك تشرب به أولا وآخرا، ولا يضرك، ولكن فسد الناس واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسي ماكان عليه جري هذا الماء ، وقد يدعي جارك عليك به دعوي في أرضك»(١) .

ومعني هذا : أنه لو سجلت الحيازات، وضبطت حدود الأملاك - علي نحو ما تجري الأمور الآن- لجاز مثل ذلك الصنيع في قول مالك قطعا لضرر الغير .

كذلك فإن مالكا روي عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه أنه قال : «كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلي ناحية من الحائط هي أقرب إلي أرضه فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك ، فقضي لعبد الرحمن بن عوف بتحويله»(٢) .

---

(١) - المنتقي شرح الموطأ للباجي (٤٦/٦).

(٢)- الموطأ مع المنتقي (٤٧/٦): كتاب القضاء ، باب: «القضاء في المرافق».

قـال مـالك في رواية زياد بن عـبـد الرحـمن : إن لـم يضـر ذلك بـه فليقض عليه بذلك [1] .

وروي ابن القاسم عن مالك : ليس له ذلك، ولـم يأخذ مالك بما روي في ذلك عن عـمـر، وروي عـيـسي في «المدونة» عن مـالك أنه لا يري له تحويله، وإن لـم يكن علي صاحب الحائط في ذلك ضرر إلا أن يرضي[2] .

ويقال في الجواب عن هذا مثل ما قيل فيما تقدم . والله أعلم .

وفي «المدونة» : أرأيت لو أن رجلا حـفـر بئرا بعيدة عن بئر جار له، وكان أحياها قبل ذلك فانقطع ماء البئر الأولي، وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئـر الثانيـة – أيقـضي له علي هذا بردم البئـر الثانيـة أم لا في قـول مالك؟ قال : قال مالك :

«للرجل أن يمنع ما يضر ببئره، فإذا كان له أن يمنع فله أن يقوم علي هذا فيردم بئره التي حفرها » [3] .

وفـيـهـا «أيضـا» : أرأيت الآبار التي تكون في الدور، أيكون لي أن أمنع جاري من أن يحفر في داره بئرا يضر ببئري التي في داري أم لا ؟ – قال سمعت مالكا يقول في الرجل يكون له في داره بئر إلي جنب جداره فحفر جاره في داره بئرا إلي جنب جداره من خلفها ، قال : إن كان ذلك يضر ببئر جاره – منع من ذلك ، قلت : وكذلك لو أحدث كنيفا أيضا يضر ذلك ببئري منع من ذلك في قول مالك ؟ قال : نعم ، قلت : وكذلك لو كانت بئري في وسط داري فحفر جاري في وسط داره بئرا يضر ببئري –

---

(١)– المنتقي شرح الموطأ للباجي(٦/٤٧).

(٢)– المصدر السابق ، والمدونة مع مقدمات ابن رشد (٤/ ٣٧٥) .

(٣)– المدونة مع مقدمات ابن رشد (٤/٣٧٧).

منع من ذلك ؟ قال : نعم، وسط الدار، وغير وسطها سواء، يمنع جاره من أن يحدث في داره بئرا تضر ببئره عند مالك[١] .

والنظر إلي هذين النصين ينتهي بنا إلي تقرير هذه النتيجة : أن الفقه المالكي يذهب إلي أن تصرف الإنسان في خالص ملكه ليس مطلقا، وإنما هو مقيد بحديث : «لا ضرر ولا ضرار» .

فصاحب الدار ليس له أن يحفر في داره - التي هي خالص ملكه - بئرا يضر ببئر جاره، فإن فعل منع منه؛ لأن تصرفه - حينئذ - يقع غير صحيح؛ لخروجه عن قيد : أن لا يضر- الذي يلزم لصحة التصرفات، ووقوعها جائزة .

وفي «المدونة» نص آخر يقوي مما ذكر ويعضده :

قلت : فلو أن رجلا بني قصرا إلي جنب داري، ورفعها عليَّ، وفتح فيها أبوابا ، وكوّي يشرف منها علي عيالي، أو علي داري . أيكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك ؟ قال : نعم يمنع من ذلك ، وكذلك بلغني عن مالك [٢] .

قال ابن القاسم : وقد قال ذلك عمر بن الخطاب، أخبرنا ابن لهيعة أنه كتب إلي عمر بن الخطاب في رجل أحدث غرفة علي جاره، ففتح عليه كوي، فكتب إليه عمر في ذلك : أن يوضع وراء تلك الكوي سريرا، ويقوم عليه رجل ، فإن كان ينظر إلي ما في دار الرجل منع من ذلك، وإن كان لم ينظر لم يمنع من ذلك [٣] .

---

(١)- المدونة مع مقدمات ابن رشد (٣٧٨/٤) .

(٢)- السابق (٣٧٨/٤) .

(٣)- المصدر السابق .

ورأي مالك : أنه ما كان من ذلك ضررا – منع ، وما كان من ذلك مما لا يتناول النظر إليه – لم يمنع من ذلك [١] .

فتصرف الرجل في خالص ملكه لما اقترن به الضرر بالغير وقع غير صحيح، واستحق المنع .

وهذا لأن الفقه المالكي يري أن حديث : «لا ضرر ولا ضرار» – أصل في تقييد حق الإنسان في التصرف في خالص ملكه .

وقد فصل أصوليو المالكية وفقهاؤهم وجوه الضرر التي تنشأ عن استعمال الإنسان حقه ورخصه، ووضعوا لها الحلول علي ضوء حديث «لا ضرر ولا ضرار» – إلي جانب الأحكام الجزئية التفصيلية التي تعتبر تطبيقا للحديث .

وعرض وجهة المالكية في ذلك علي نحو ما أشار إليه الشاطبي في «موافقاته» [٢] تحت عنوان : مسألة في الفعل يكون مصلحة للنفس ومضرة بالغير – كما يلي :

يري الشاطبي أن تصرف الإنسان المأذون فيه يرجع إلي قصد جلب المصلحة ، أو دفع المفسدة ، والمتصور فيه أنه – مع مراعاة حديث : «لاضرر ولا ضرار » لا يخرج عن هذه الاقسام الثمانية :

القسم الأول : أن لا يلزم عنه إضرار بالغير ، فيبقي علي أصله من الإذن، ولا إشكال فيه ، ولا حاجة إلي الاستدلال عليه لثبوت الدليل علي الإذن ابتداء .

---

(١)- المدونة مع مقدمات ابن رشد (٣٧٨/٤).

(٢)- الموافقات (٣٤٨/٢: ٣٦٤).

القسم الثانى : أن يقصد الجالب للمصلحة، أو الدافع للمفسدة ذلك الإضرار.

وهنا فإنه لا إشكال في منع القصد إلي الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل علي أن : «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» .

لكن يبقي النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس، وقصد إضرار الغير : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه ؟ أم يبقي علي حكمه الأصلي من الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد؟ والجواب : هو أنه إذا انتقل إلي وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة ودرء تلك المفسدة - حصل له ما أراد ، فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه من الوجه الأول؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينقل عنه ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار.

فإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير ، فحق الجالب أو الدافع - مقدم، وهو ممنوع من قصد الإضرار، ولا يقال إن هذا تكليف بما لا يطاق، فإنه إنما كلف بنفي قصد الإضرار، وهو داخل تحت الكسب، لا بنفي الإضرار بعينه .

الثالث : أن يلزم عنها إضرار (هو لم يقصد إليه) ، وهو إضرار عام، وهنا فإنه يقضي بتقديم مصلحة العموم علي مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة لا تنجبر.

الرابع : أن يلزم عنها إضرار(هو لم يقصد إليه) ، وهو إضرار خاص، ويضر الجالب أو الدافع بمنعه.

وهذا الموضع في الجملة يحتمل نظرين : نظر من جهة إثبات الحظوظ ، ونظر من جهة إسقاطها .

فإن اعتبرنا الحظوظ فإن حق الجالب أو الدافع مقدم ، وإن استضر غيره بذلك .

وإن اعتبرنا إسقاطها إما بالدخول في المواساة علي سواء، وإما بالإيثار- فدفع المضرة عن الغير يكون مقدما ، وتحمل الدافع، او الجالب المضرة اللاحقة به - بسبب إسقاطه حظه - لا عتب فيه إذا لم يخل بمقصود شرعي .

الخامس : أن يلزم عن تصرف الإنسان إضرار (هو لم يقصد إليه) ، وهو إضرار خاص، قطعي (يعني أن هذا التصرف يكون اداؤه إلي المفسدة قطعيا) ، ولا يلحق المتصرف بمنعه منه ضرر .

فيلزم ان يكون ممنوعا من ذلك الفعل، لكن إذا فعله فيعد متعديا بفعله ، ويضمن ضمان المتعدي علي الجملة . . . ، ولا يعد قاصدا للإضرار البتة إذا لم يتحقق قصده للتعدي .

السادس : وهو مثل الخامس غير ان اداءه للمفسدة نادر، فيبقي علي أصله من الإذن؛ لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انخرامها .

السابع : وهو مثل الخامس والسادس غير ان اداءه للمفسدة يكون ظنيا، فيحتمل الخلاف : اما ان الأصل الإباحة والإذن فظاهر ، كما في السادس ، وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظنا، فهل يجري الظن مجري العلم فيمنع من الوجهين المذكورين : إما تقصير في النظر المامور به ، وإما قصد إلي نفس الإضرار؟ أم لا لجواز تخلفهما ، وإن كان التخلف نادرا؟

لكن اعتبار الظن هو الأرجح ، فيمنع الإنسان من التصرف .

فالتصرف وإن كان مبنيا علي حكم أصله من إذن أو خلافه، إلا أنه - هنا - يلبس حكم ما هو ذريعة إليه .

وهذا من باب «سد الذرائع» الذي توسع فيه المالكية ، وذلك بخلاف غيرهم .

الثامن : وهو مثل الخامس ، والسادس ، والسابع غير أن أداءه إلي المفسدة يكون كثيرا لا غالبا، ولا نادرا ، وهو موضع نظر والتباس.

والأصل فيه : الحمل علي الأصل من صحة الإذن إلا أن مالكا اعتبره في «سد الذرائع» بناء علي كثرة القصد وقوعا. ومن ثم فإنه يمنع منه .

وهذا كله يؤكد اعتبار المذهب للحديث - حديث : «لا ضرر ولا ضرار» - كأصل يستند إليه ، وقاعدة مقررة يعول عليها في تقييد تصرفات الإنسان المأذون له فيها .

والمذهب - هنا - يراعي كلا الضررين : الضرر المترتب علي التصرف ، والضرر المترتب علي المنع منه ، وذلك علي نحو ما ذكر .

ومن ثم فقد توسع المالكية في تطبيقات حديث : «لا ضرر، ولا ضرار» ، ونعرض لنصوص مسائل فقهية تضمنتها كتبهم تؤكد من هذا .

والحق أن هذه النصوص الفقهية فيها حلول لكثير من المشكلات المعاصرة علي نحو ما سنري.

*** فمن ذلك مثلا ما جاء من نصوص مسائل مصرحة بمنع إحداث كل ما له رائحة تؤذي.**

قال في «الشرح الصغير» : «وقضي بمنع دخان : كحمام، وفرن ، ومطبخ ، وقمين ، وبمنع رائحة كريهة : كدبغ، ورائحة مذبح، ومسمط،

والمراد : الحادث ، لا القديم » [١] .

قال الصاوي في« حاشيته علي الشرح » :

« أي : بمنع إحداث ذي دخان تتضرر الجيران بسببه، وقوله (وبمنع رائحة) أي : وقضي بمنع إحداث ذي رائحة كريهة . .، ويمنع الشخص من تنفيض الحصر ونحوها علي باب داره إذا أضر الغبار بالمارة، ولا حجة له أنه إنما فعله علي باب داره . قاله ابن حبيب » [٢] .

وعلة منع ذلك (يعني : ما رائحته كريهة) – عندهم – :

« أن الرائحة المنتنة تخرق الخياشيم، وتصل إلي الأمعاء، وتؤذي الإنسان، وهو معني قوله – عليه الصلاة والسلام – : « من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقربن مساجدنا يؤذينا بريح الثوم » [٣] .

وكل رائحة تؤذي يمنع منها . .، وبه العمل في المذهب [٤] .

وفي المذهب : أن من فتح بقرب جاره مرحاضا ولم يغطه منع منه [٥] .

---

(١)– الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢/١٧٦)، وانظر في ذلك : التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق بهامش مواهب الجليل – ط : دار الفكر (٥/١٦٤)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٣٦٩)، والخرشي (٦/٦٠)، والبهجة شرح التحفة للتسولي (٢/٢٣٥)، والمنتقي للباجي (٦/٦٠)، وشرح الزرقاني علي خليل (٣/٦٣) .

(٢)– حاشية الصاوي علي الشرح الصغير (٢/١٧٦).

(٣)– تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢٦١).

وأخرج البخاري في صحيحه في كتاب الأذان، باب : «ما جاء في الثوم النيء ، والبصل ، والكراث..» نحوه من حديث ابن عمر، وجابر بن عبد الله ، وأنس بن مالك – بألفاظ مختلفة . البخاري مع الفتح (٢/٣٩٤، ٣٩٥).

(٤)– تبصرة الحكام (٢/٢٦١) .

(٥) السابق .

وفي « التبصرة » :

« أما الضرر فمثل ما يحدث الرجل في عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام، أو فرن للخبز، أو لسبك ذهب ، أو فضة، أو كير لعمل الحديد، فقد قال ابن القاسم عن مالك في « المجموعة » : أن لهم منعه، وقاله مالك في الدخان ، وقال : التنور خفيف »(١) .

فإن أمكن قطع الدخان مع بقاء الفرن قطع الضرر، فلو جعل أنبوبا في أعلي الأفران يرتقي فيه الدخان ولا يضر بالجار ، قضي له به ، ولم يمنع منه (٢) .

وذلك أن وجه الضرر - فيما ذكر - هو الدخان الذي يحصل من الفرن والحمام ، فيدخل علي الجيران، ويضرهم، وهو من الضرر الكبير المستدام .

« وما كان بهذه الصفة منع من إحداثه علي من يستضر به إذا شهدت البينة بأنه من الضرر »(٣)

وفي المذهب عن ابن حبيب : أن ذلك كله يقطع (يعني : يمنع منه) سواء كان قديما أو محدثا ، خلافا لما ذكر أعلي .

ووجهة ابن حبيب في ذلك :

« أن الضرر في شيء لا يستحق بالقدم ، وإنما حيازة التقادم الذي جاء فيه الأثر : (من حاز علي خصمه شيئا عشرين سنة فهو أحق به منه) - فيما يحوزه الناس من أموال بعضهم علي بعض من أجل أن الحائز لذلك

---

(١)- تبصرة الحكام (٢/٢٥١).

(٢)، (٣) - المصدر السابق .

يستغني بالحيازة عن أصل وثيقته التي صار بها إليه ذلك الملك من شراء أو هبة، ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة، بل لا يزيد تقادم الضرر إلا ظلما ، وعدوانا » [1] .

والحقيقة أن مسألة حيازة الضرر بالتقادم – عند المالكية – فيها تفصيل لا يحتمله المقام هنا .

غير أنهم يفرقون في ذلك بين ما يبقي فيه الضرر علي حال واحدة لا يزيد كفتح الأبواب ، والكوة يطلع منها، وشبهه مما يحدث بمحضر من أحدث عليه ، فإن محدثه يستحقه في مثل ما يستحق في الحيازة من طول الزمان [2] – وبين ما كان ضرره يتزايد كالكنيف، فلا يستحقه محدثه بطول حيازته، وإن أمسك المحدث عليه ذلك عن القيام فيه، ثم أراد القيام بعد ما مضي من الزمان ما يكون فيه الحيازة، فإن ذلك لا يحاز بطول الزمان، ويقطع عن المستضر به متي قام فيه .

* – وأيضا فمن ذلك نصوص مسائل يستفاد منها أن في المذهب وجهة تمنع من الضرر الذي هو الصوت المؤذي .

جاء في «التبصرة» : وقضي بعض شيوخ الفتيا بمنع الكمادين (يعني : الذين يدقون القماش) إذا استضر بهم الجيران ، وقلقوا من ذلك لاجتماع وقع ضربهم [3] .

---

(١)– تبصرة الحكام لابن فرحون (٢٥٥/٢)، والعقد المنظم للحكام لابن سلمون بهامش التبصرة (٨٧/٢).

(٢)– اختلف في المذهب فيما لو قلنا يحاز الضرر بالتقادم، فقيل : لا يحاز إلا بعد مرور عشرة أعوام، وهو ما عليه القضاء ، وقال أصبغ : بعد عشرين سنة، وقيل في المذهب أقوال أخري. انظر : تبصرة الحكام (٥٤/٢)، وشرح الحطاب (١٦١/٥).

(٣)– انظر تبصرة الحكام لابن فرحون (٢٦١/٢).

وقال ابن عتاب : تنازع الشيوخ ببلدنا قديما وحديثا في الرجل يجعل في داره رحا أو شبه ذلك مما له دوي ، وصوت يستضر به الجار: مثل الحداد وشبهه ، فقال بعضهم : يمنع من ذلك إذا عمل فيه بالليل والنهار...، وقال ابن سعيد الذي اتفق عليه شيوخنا : أن يمنع من العمل بالليل إذا أضر بجاره، ولا يمنع بالنهار (١) .

وهذا هو ما عليه متأخرو المذهب ، واستدلوا بقول ابن المسيب : «اطرد هذا القارئ عني فقد آذاني» (٢) .

وفي «التاج والإكليل» : «في ضرر صوت الحركات طرق، روي ابن القاسم من أحدث رحا تضر بجاره منع ..، قال الباجي : أما الرحا إن ثبت أنها تضر بجدران الجنان منع منها، وأما صوتها، فقال مطرف، وابن الماجشون في الغسال، والضراب يؤذي جاره وقع صوتهما : إنه لا يمنع ، وتحتمل رواية ابن القاسم الخلاف ، ووجه الأول : إنما ذلك في الصوت الضعيف ليس له كبير مضرة، أو مَالاً يستدام.

وأما ما كان صوتا كبيرا مستداما كالكمادين..، والرحا ذات الصوت الشديد- فإنه ضرر يمنع منه كالرائحة» (٣) .

والراجح في المذهب : أنه لا يمنع من ذلك إلا أن يضر الصوت بالجدار.

وتعليل ذلك - عندهم- :

«أن الصوت لا يخرق الأسماع، ولايضر الأحشاء، فإن أضر ذلك بالجدران منع » (٤) .

---

(١)- المصدر السابق .

(٢)- شرح المواق علي خليل (١٦٥/٥)، وانظر في ذلك : المنتقي للباجي مع الموطأ (٤١/٦).

(٣)- التاج والإكليل شرح مختصر خليل للمراق (١٦٠/٥).

(٤) المصدر السابق .

* – ومن ذلك نصوص مسائل جاء فيها المنع من إحداث الكوات، ونحوها .

جاء في «العقد المنظم» : ومن وجوه الضرر التكشف، فمن أحدث علي أحد طاقة، أو كوة ، أو بابا يتكشف عليه منه – منع من ذلك .

فإن كان ذلك قديما لم يعرض له، ويجب له في التحفظ بالدين أن يتطوع بغلقها من جهة الاطلاع علي العورات التي لا تحل [1] .

وحكي ابن يونس عن بعض الشيوخ قولا : إنه يجب غلقها ، وإن كانت قديمة؛ لأن ذلك حق الله – تعالي- لا يحل الكشف علي حال[2] .

وفي شرح« الرسالة» : يحكي عن ابن عرفة أنه أفتي بأن الكوة القديمة تسد ..، وقوي بعضهم في «الحاوي» : سدها [3] .

قال ابن فرحون: وفي «وثائق ابن الهندي» إذاكان للرجل كوة قديمة يشرف منها علي جاره، فلا قيام للجار فيها، ويجب في التحفظ بالدين من جهة الاطلاع علي العورات، وأن يكون التحفظ بالدين أوكد من حكم السلطان [4] .

أما المحدث من ذلك فيجب سده باتفاق، وقلع العتبة إن كانت – لئلا تكون ذريعة إلي ردها [5].

---

(١)- العقد المنظم للحكام (٢/٩١)، والتبصرة (٢/٢٦١).
(٢)- العقد المنظم (٢/ ٨٨).
(٣)- مواهب الجليل للحطاب (٥/ ١٦٠).
(٤)- تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢٥٣).
(٥) العقد المنظم للحكام (٢/٨٨).

وذلك إن كانت الكوة، ونحوها بحيث إذا نظر الناظر منها تبينت له الأشخاص ، والوجوه، وأما إذا لم تتبين الأشخاص والوجوه لبعدها فلا يؤمر بسداد ذلك.

وفي «العقد المنظم» : أن الاطلاع من البنيان علي ثلاثة أقسام: علي الدور، ولا اختلاف في المنع من الاطلاع عليها ، والفدادين والمزارع، ولا خلاف في إباحة البنيان الذي يطلع منه عليها ، والجنات مختلف فيها ..، والكروم القريبة كالجنات لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم عليها [1].

*- ومن ذلك نصوص مسائل يستفاد منها أن في المذهب وجهة تمنع من اتخاذ ما يضر من الطيور والحيوان، مما لا يمكن الاحتراس منه .

قال ابن حبيب سألت مطرفا عن النحل يتخذها الرجل بالقرية، وهي تضر شجر القوم إذا نورت، هل يمنع من اتخاذها ويؤمر بإخراجها؟

والبرج يتخذ فيه الرجل الحمام، والكري للعصافير ، تأوي إليها ويأخذ فراخها ، وهي كالحمام في إيذائها وإفسادها الزرع. هل يمنع من ذلك؟

قال لي : نعم ، أري ذلك كله من الضرر، وأري أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زرعهم وشجرهم؛ ولا تشبه الماشية ؛ لأن النحل والحمام طائرة لا يستطاع الاحتراس منها كما يستطاع في الماشية .

وحجته في ذلك : أن مالكا قال في الدابة الضارة تخرج، وتباع علي صاحبها ، ومطرف يري أن النحل والحمام أشد . قال : وكذلك الدجاج الطائر: وما أشبهها مما لايستطاع الاحتراس منه .

---

(١)- المصدر السابق (٢/٨٩).

فأما ما يستطاع منه الاحتراز فهو كالماشية لا يؤمر صاحبه بإخراجه. وقال العتبي عن عيسي بن دينار مثله [1].

وهذا بخلاف ما ذهب إليه أصبغ ، فقد قال : «النحل والحمام، والحيوان، والدجاج، والأوز عندنا كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وإن أضرت ، وعلي أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وهكذا كان ابن القاسم يقول» [2].

وسئل مالك عما يصيب الحمام من زرع الناس فقال : لا بأس به ، مازال هذا من أمر الناس، والنحل إذا أضرت بمن يبني في منزله، ومنعتهم شغلهم يؤمر صاحبها بإخراجها إلي حيث لا تضر، إذا ثبت أذاها وضررها، ولا تترك وأذي الناس ساكنا كان أو غيره [3].

* – ومن ذلك نصوص مسائل تمنع من اتخاذ ما يضر بجدران الجيران.

روي ابن القاسم من أحدث رحا تضر بجاره منع . قال الباجي: أما الرحا إن ثبت أنها تضر بجدران الجنان منع منها [4].

وفي «التبصرة»: خربة للرجل بين دور يلقي فيها الزبل ، ولايدري من يلقيه ، فقام جاره بضرر الزبل بحائطه علي رب الخربة وأمره بتنقيتها ، فقال

---

(١)- انظر : العقد المنظم للحكام (٨٤/٢).

(٢)- انظر : العقد المنظم للحكام (٢/ ٨٤). وقد علق ابن حبيب علي ذلك بقوله : «وليس يعجبني ، وقول مطرف أحب إليّ، وبه أقول، وهو الحق إن شاء الله – تعالي-».

(٣)- العقد المنظم للحكام (٨٥/٢).

(٤)- التاج والإكليل (١٦٥/٥).

له : هو من جيراني، وأنا أشتكي ذلك، وثبت الإضرار بالجار - فإنه يجبر صاحبها علي تنقيتها [1] .

وفي المذهب يقضي بقطع ما أضر من شجرة بجدار. يعني : أن من له شجرة بجوار جدار إنسان، وأضرت بالجدار بأن امتدت أغصانها عليه - فإن كانت حادثة عنه فإنه يقضي بقطع الزائد المضر بلا خلاف ، وإن كان الجدار هو الحادث عليها. فهل يقضي بقطع الزائد المضر أو لا ؟ قولان[2] .

كذلك فإنه ليس للإنسان أن يضرب وتدا في جدار جاره ولا أن يضم إليه ما يضر به : كالزبل، والتبن، والحطب، أو بناء إذا نزل الماء فضرب في ذلك البناء طار إلي جداره ولا له أن يحقن ماءه بقرب جداره خوفا أن يصل نداه إليه [3] .

وللرجل أن يضع في داره المكتراة ما شاء من الأمتعة ، والدواب، والحيوان، والحدادين، والقصارين..، وللرجل أن ينصب في داره ما شاء من الصناعات - مالم يضر بحيطان جاره [4] .

*- ومن ذلك نصوص مسائل تمنع من إحداث أندر ونحوه مما يضر بملك الغير .

---

(١) تبصرة الحكام (٢/٢٦٣).

(٢)- الشرح الصغير (٢/١٧٦)، والخرشي (٦/٦١) ، وشرح الزرقاني (٣/٦٤)، والشرح الكبير (٣/٣٧٠) ، والتاج والإكليل للمواق (٥/١٦٤).

(٣)- تبصرة الحكام (٢/٢٦٤).

(٤)- تبصرة الحكام (٢/٦١).

قال مطرف، وابن الماجشون: من أحدث أندراً (يعني : الجرين يتخذ للتذرية) إلي جنب جنان رجل، وهو يضر به في تذرية التبن – فإنه يمنع من ذلك [1] .

وفي «مختصر الواضحة» : أنه لو كانت عرصة ليس فيها كرم كان لربها منع صاحب الأندر من وقوع التبن في أرضه، وفي «وثائق الجزيري» : أن إحداث الأندر جوار الدار، أو الجنة يؤذي ما تطاير منه عند الذر، ويمنع باتفاق، وكذلك ما يضر بالجدارات مثل الأرحية ، والكنف[2] .

وحكي ابن عبدوس في الرجل يريد أن يبني بناء وبقربه أندر قوم، والبناء يحبس الريح عن الأندر- أن الأندر إذا كان قديما منع من البناء[3] .

وقال ابن الماجشون ، ومطرف ، وأصبغ: لا يمنع الباني من البناء في حقه، وإن كان في بنائه بطلان الأندر[4] .

وفي المذهب أن من أحدث رحا علي نهر فوق رحا قديمة تضرها في نقصان طحن ، أو كثرة مؤونة، أو في غير ذلك ضررا بينا، فذلك ممنوع منه، قاله ابن القاسم، ولو لم يتبين لأهل المعرفة في ذلك ضرر، قيل له : عمر فإنك إن أضررت بجارك منعناك [5] .

وأما إحداث الباب قبالة باب الجار، فقال (يعني : مالك) :

«وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة بابا يقابل باب جارك ، أو يقاربه، ولا تحول بابا هناك إذا منعك ؛ لأنه يقول : الموضع الذي تريد أن

---

(١)- التاج والإكليل (٥/ ١٦٤) .

(٢)- تبصرة الحكام (٢/٢٥٥، ٢٥٦).

(٣) ، (٤)- المصدر السابق .

(٥)- تبصرة الحكام (٢/٢٥٧).

تفتح فيه - لي فيه مرافق، وافتح بابي، وأنا في سترة فلا أدعك أن تفتح قبالة بابي، أو قربه، فتتخذ عليَّ فيه المجالس، وشبه ذلك من الضرر، فلا يجوز أن يحدث علي جاره ما يضره» (١) .

وقال سحنون في السكة النافذة يمنع من فتح باب قبالة باب جاره، وينكب عنه بقدر ما يري أن يزال به الضرر عن الذي قبالته (٢) .

*- ومن ذلك نصوص مسائل تمنع من إحداث ما يضر بالطريق.

قال في «الشرح الصغير» : «ولا يمنع من إحداث (روشن) وهو : الجناح الذي يخرج به جهة السكة في علو الحائط لتوسعة العلو، ولا يمنع من إحداث (ساباط) وهو السقف في السكة (لمن له الجانبان) أي بيت قبالة بيته والسكة بينهما ..، مالم يضر بالمارة في النافذة وغيرها ، وإلا منعا» (٣) يعني إذا كان ذلك يضر بالمارة فإنه يمنع منه .

فهذه جملة نصوص لمسائل فقهية تعبر عن وقائع فعلية عرضت للفقه المالكي فما كان منه إلا ان اجاب عنها ، وقدم الحلول لها معتمدا في ذلك علي حديث : «لا ضرر ولا ضرار» ، فهو يستند إليه ، ويعول عليه، ويتخذه قاعدة تراعي فيما يذهب إليه من الأحكام.

---

(١)- تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/٢٥٨).

(٢)- المصدر السابق.

وسد الباب علي هذا النحو، قال ابن زرب: وإذا سد باب للضرر فلا يكون سده بغلقه وتسميره، ولكن بنزع الباب، وعضائده ، وعتبته، وتغيير آثاره؛ لأنه إذا بقي علي حاله، وسده بالطوب، وبقيت العضائد، والعتبة كان في ذلك ضرر علي من أحدث عليه، وبهذا قال سائر الفقهاء بقرطبة، وغيرها ؛ لأنه إذا تقادم الزمان يكون له شاهدا وحجة، ولعله يقول : إنما سددته لأفتحه إذا شئت ، فلذلك ألزموه بتغيير معالمه ورسومه حتي لا يبقي له أثر . انظر تبصرة الحكام (٢/ ٢٦٠، ٢٦١).

(٣)- الشرح الصغير (٢/ ١٧٧) .

وفي «معين الحكام» قال ابن عتاب : «الذي أقول به ، وأنقله من مذهب مالك : أن جميع الضرر يجب قطعه، إلا ما كان من رفع بناء يمنع هبوب الريح، وضوء الشمس ، وما كان في معناهما، إلا أن يثبت القائم في ذلك أن محدث ذلك أراد الضرر..» [1] .

وهكذا نكون قد فرغنا من ذكر وجهة المذهب المالكي بخصوص العمل بحديث: «لا ضرر ولا ضرار» فيما يتصل بالحقوق العقارية وحقوق الارتفاق ونتحول الآن إلي بيان وجهة الفقه الشافعي بخصوص ذلك .

---

(١)- المصدر السابق .

جـ- المذهب الشافعى

تفيد مطالعة كتب الشافعية أن مذهبهم بخصوص إعمال حديث : «لا ضرر ولا ضرار» - في مجال تصرف الإنسان في خالص ملكه - محدود بدرجة كبيرة، حتي إنه ليقال - معه - بأن هذا المجال يكاد لا يدخله الحديث .

ومن ثم فإن حديث : « لا ضرر ولا ضرار» لا يمنع الناس - علي النظر لهم - في أموالهم .

قال الشافعي -رحمه الله تعالي -:

« ... فإن تأول رجل قول النبي -ﷺ -: (لا ضرر ولا ضرار)، فهذا كلام مجمل لا يحتمل لرجل شيئا إلا احتمل عليه خلافه.

ووجهه الذي يصح به : أن لا ضرر في أن لا يحمل علي رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، ولا ضرار في أن يمنع رجل من ماله ضررا، ولكل ماله وما عليه .

فإن قال قائل بل أحدث للناس في أموالهم حكما علي النظر لهم ، وأمنعهم في أموالهم علي النظر لهم، قيل له - إن شاء الله تعالي - : أرأيت رجلا له بيت يكون ثلاثة أذرع في ثلاثة أذرع- في دار رجل له مقدرة أعطاه به ما شاء : مائة ألف دينار، أو أكثر، وقيمة البيت درهم أو درهمان ، وأعطاه مكانه دارا مع المال، أو رقيقا. هل يجبر علي النظر له أن يأخذ هذا الكثير بهذا القليل؟! ، أو رأيت رجلا له قطعة أرض بين أراضي رجل، لا تساوي القطعة درهما فسأله الرجل أن يبيعه ممرا منها بما شاء من الدنيا . هل يجبر أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟!...»

فإن قال لا يجبر واحد من هؤلاء علي النظر له ، قلنا : وكل هؤلاء يقول إنما فعلت هذا إضرارا بنفسي، وإضرارا للطالب إلي حتي أكون جمعت الأمرين .

فإن قال : وإن أضر بنفسه، وضار غيره - فإنما فعل في ماله ماله أن يفعل .

وكذلك حافر البئر . . (وهو أصل ما ساق له الشافعي هذا الكلام) ، إنما فعل ماله أن يفعل ، ومنع ماله أن يمنع . . » [1] .

وهكذا يظهر أن الإمام الشافعي لا يري تقييد المالك في تصرفه في خالص ملكه ، حتي وإن أدي هذا إلي الإضرار بغيره ، بل ولو أضر بنفسه [2] .

---

(١) - الأم (٣/٢٢٢)

(٢)- ويمثل هذا قال الزيدية . جاء في متن الأزهار : «فلكل واحد أن يفعل في ملكه ما شاء وإن أضر الجار إلا عن قسمة» . وجاء في البحر الزخار : «لكل أن يفعل في ملكه ما شاء ، وإن ضر الجار إلا عن قسمة» . حدائق الأزهار مع شرحه السيل الجرار (٣/ ٢٥٤) . ط : المجلس الأعلي للشئون الإسلامية ، والبحر الزخار (٥/ ١٠٢) . وقد أجاد الشوكاني -رحمه الله- في التعقيب علي ذلك ، حيث قال : «وهذه الكلية الشاملة لما في السياق وغيره تَقْشَعِرُّ لها الجلود ، وترجف عندها الأفئدة ، فإن التوصية بالجار كتابا وسنة ، والأوامر النبوية بالإحسان إليه ودفع ما يضره حتي قال - صلي الله عليه وسلم - : «والذي نفسي بيده لا يؤمن أحدكم حتي يأمن جاره بوائقه» : لو تعرض متعرض لجمعها لجاءت في مصنف مستقل ، وناهيك بقوله - صلي الله عليه وسلم - : «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره» كما جاء في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة ، ولا يقال إن في منعه من أن يفعل في ملكه ما شاء إضرارا به ؛ لأنا نقول : هو لم يمنع من أن يفعل في ملكه ماشاء بل ممنوع من أن يضر جاره كما أن جاره ممنوع من أن يضر به ، فما يقتضيه الملك من جواز الانتفاع به كيف يريد مالكه - مقيد بعدم الضرار ، وقد ثبت له علي جاره مثلما ثبت له عليه ، ولم يجعل التقييد خاصا بأحدهما ، وقد حرم القرآن الضرار في عدة آيات ، مع اختلاف الموارد ، فكيف لا يثبت مثله في حق الجار ؟ ! ... ، وأما استثناء المصنف من هذه الكلية قوله : «إلا عن قسمة» فما أبرد هذا الاستثناء ، فإنه لم يرد دليل علي مزيد اختصاص المجاورة عن قسمة بحكم زائد علي المجاورة لا عن قسمة ، ولكن تفريع أحكام الشرع إذا كان غير منظور فيها إلي ما ورد به الشرع بل ما دَوَّنَه الراجعون إلي محض الرأي - كان علي هذه الصفة» .
انظر: السيل الجرار المتدفق علي حدائق الأزهار (٣/ ٢٥٥ ، ٢٥٦) .

وهو بذلك لا يتخذ من حديث : «لا ضرر ولا ضرار» قيدا علي استعمال الإنسان لحق الملكية [1] ؛ لأنه مجمل لا يحتمل لرجل شيئا إلا احتمل عليه خلافه، وقد حمله (يعني : الحديث) علي معني رآه الوجه الصحيح لمفهوم الحديث.

وفي «الروضة» : أنه لو حفر بئرا في ملكه فتندي جدار جاره فانهدم فلا شيء عليه [2].

وتعليل ذلك - عندهم-:

«أن الملاك لا يستغنون عن مثل هذا» [3] .

والقاعدة التي تحكم هذا كله: أنه «يتصرف كلُّ واحدٍ في ملكه بالمعروف ، ولا ضمان فيما يتولد منه، بشرط : جريانه علي العادة، واجتناب الإسراف» [4] .

وعليه فإنه يكون «لكل واحد أن يتصرف في ملكه بالمعروف، ولا يتقيد ذلك بسلامة العاقبة» [5] ؛ وذلك «لئلا يؤدي إلي حرج عظيم، وينجر إلي بطلان فائدة الملك» [6] .

وتأسيسا علي هذا فإنه يتأكد أن المذهب لا يشترط لوقوع تصرف الإنسان في خالص ملكه علي وجه الجواز - التقيد بسلامة العاقبة (يعني: التقيد بألا يضر) .

---

(١)- وهذا بخلاف ما لو كان الاستعمال - استعمال الإنسان لحق الملكية- مؤديا إلي ضرر بالملك ذاته لا المالك فإنه يعد ذلك الاستعمال ضررا معتبرا يمنع منه في الحكم ما دام بخلاف المعروف ، وفوق العادة لا وفقها . انظر : أسني المطالب (٤٤٦/)، ومغني المحتاج (٣٦٤/٢)، وسوف نري تفصيل ذلك بعد قليل.

(٢)- الروضة للنووي (٣١٩/٩).

(٣)- المصدر السابق. (٤)- الروضة (٣١٩/٩).

(٥) ، (٦)- أسني المطالب شرح روض الطالب لأبي زكريا الأنصاري (٧٢/٤). ط : المكتبة الإسلامية .

علي أن الملاحظ أنهم ذهبوا إلي ما يشبه تقييد التصرف ، أو إن شئت قلت ذهبوا إلي تقييده بـ:

١ – أن يكون بالمعروف .

٢ – وأن يجري علي العادة، واجتناب الإسراف، لا أن يكون خلاف العادة، أو فوقها .

ومثل هذا يقترب – إلي حد ما – من تقييد التصرف بالا يضر؛ ذلك لأن الضرر – غالبا – ما يكون نتيجة تصرف بخلاف العادة، وعلي غير المعروف .

ويؤكد مما ذكرت ما جاء في «نهاية المحتاج» ، و«حاشية الرشيدي» عليه .

قال في «نهاية المحتاج» :

«وما تولد من فعله في ملكه علي العادة لا يضمنه : كجرة سقطت ، وقد وضعت بحق..» [١].

قال المحشي : «قوله : (وقد وضعت بحق) انظر ماصورة مفهومه مع أنه في ملكه، ولعله احترز به عما إذا كانت تضر بالمارة» [٢] .

وهذا ظاهر في أن تقييد التصرف بأن يكون بحق (وهو بأن يكون بالمعروف...) احتراز عما إذا كان يضر .

---

(١)– نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج لابن شهاب الرملي (٣٥٥/٧).

(٢)– حاشية الرشيدي علي نهاية المحتاج لأحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي(٣٥٥/٧).

وبناء عليه ، فإن المذهب : أنه لو قصر حافر البئر – في ملكه – فخالف في سعة البئر، فانهدم جدار جاره – ضمن.

قال النووي: «فإنه إهلاك، وليكن كذلك إذا قرب الحفر من الجدار علي خلاف العادة..» [1].

ويزيد الرملي هذا الأمر توضيحا في شرحه للمنهاج حيث نقل عن البلقيني أنه : [2].

«لو تعدي بحفره في ملكه لكونه وضعه بقرب جدار جاره ضمن ما وقع بمحل التعدي» .

وهذا ظاهر في الدلالة علي أن اعتبار المذهب وقوع تصرف الإنسان في ملكه صحيحا إنما يكون بقيد أن لا يتعدي ، لا ان المالك مطلق التصرف .

علي أن مفهوم التعدي ينبغي أن يكون في إطار ما جاء مما سبقت الإشارة إليه، وهو : الخروج علي العادة، وماكان خلاف المعروف.

ولما كان التعدي – كما تقدم في تعريف الضرر– أحد أسباب وقوع الضرر، وأنه قد يطلق عليه اسم الضرر من قبيل إطلاق اسم المسبب علي السبب– فإنه يصح أن يقال : إن المذهب الشافعي يقيد تصرف الإنسان في ملكه بان لا يضر بدل القول بانه يقيد تصرف الإنسان في ملكه بان لا يتعدي.

---

(١)– الروضة(٣١٩/٩).

(٢)– نهايه المحتاج (٣٥٢/٧)، وهذا منقول عن البلقيني.

والحاصل : أن المذهب الشافعي يصح أن يرد عليه تصور أنه – في المجال التطبيقي حيث الحكم علي الوقائع التي تعرض له – يُعْمِلُ حديث « لا ضرر ولا ضرار » في باب « تصرف الإنسان في خالص ملكه »، وذلك وفق الضوابط المشار إليها آنفا .

ومن تلك الوقائع : ما لو أوقد نارا في ملكه، أو علي سطحه . . ، علي خلاف العادة في قدر النار الموقدة، أو بأن يوقد في يوم ريح عاصفة، فطار الشرر إلي ملك غيره فأحرقه – فإنه يضمن .

قالوا في المذهب : « فيكون ذلك كطرح النار في دار غيره ، فيضمن » [١] .

ومثل ذلك : لو سقي أرضه فخرج الماء من جحر فأرة، أو شق ، فدخل أرض غيره فأفسده زرعه– فإنه يضمن لو خالف العادة في قدر الماء ، أو كان عالما بالجحر أو الشق ، فلم يحتط [٢] .

فهذه وقائع قضي فيها الفقه الشافعي بالضمان علي المتصرف مع أنه تصرف في خالص ملكه؛ وذلك جبرا لضرر الغير.

ولم يعتبر الشافعية هنا أن الملك مطلق للتصرف .

---

(١)- الروضة (٩/ ٣٢٠).

(٢)- المصدر السابق.

ويظهر بهذا : أن تصرف الإنسان في خالص ملكه إذا جاء علي غير المعروف، وبخلاف العادة– فإنه يكون ممنوعا منه ، ويضمن المتصرف ما تلف به ضمان المتعدي علي الجملة.

وهذا يعضد ما تقدم من أن الفقه الشافعي يرد عليه تصور أنه – في المجال التطبيقي – يعمل حديث : «لا ضرر ولا ضرار» في باب : « تصرف الإنسان في خالص ملكه » ،وذلك وفق ما أشير إليه من ضوابط، لا أنه يهمله بالكلية.

أما باب تصرفات الإنسان في الأعيان والمنافع المشتركة فإن المذهب يعتمد الحديث : حديث : «لا ضرر ولا ضرار» – أصلا في تقييد التصرفات في هذا الباب.

جاء في «المهذب» :

«وإن أخرج جناحا إلي طريق لم يخل إما أن يكون الطريق نافذا، أو غير نافذ، فإن كان الطريق نافذا نظرت ..، فإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجز ، وإذا أخرجه وجب نقضه ؛ لقوله – ﷺ – : (لاضرر ، ولا إضرار) »[١] .

وفي «نهاية المحتاج»:

«والجدار الكائن بين المالكين لدارين قد يختص بملكه أحدهما.. ، وقد يشتركان فيه، فالمختص به أحدهما ليس للآخر، ولا لغيره – المفهوم بالأولي – تصرف فيه بما يضر مطلقا..، وأما الجدار المشتري بين اثنين فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن ، ولاظن رضا في الجديد، وليس له أن يتد فيه وتدا ، وله أن يستند إليه ويسند متاعا لا يضر..»[٢]

---

(١)– المهذب (١/٤٤٠). (٢)– نهاية المحتاج (٤/٤٠٤، ٤١٠).

وموضع الاستدلال علي ما قدمناه قوله : « وأما الجدار المشترك . . . .إلخ » ؛ إذ إنه قيَّد انتفاع الشريك به بما لا يضر.

قال الشبراملسي في حاشيته علي المنهاج : « قوله (لا يضر) أما ما يضر فلا يجوز فعله إلا بإذن » (١) .

كذلك فإن التصرف من قبل أحد الشريكين في الجدار المشترك بوضع الجذوع عليه – فيه قولان في المذهب، وهما مبنيان علي التصرف في جدار الأجنبي بمثل ذلك (٢) .

ففي الجديد : أنه لا يجبر عليه ؛ لخبر : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »، وخبر ابن عباس : « لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس » (٣) .

وأما خبر الصحيحين الذي استدل بظاهره القديم القائل بجواز الوضع من غير إذنه، وأنه ليس له منعه، وهو :

« لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة في جداره » (٤) – فأجيب عنه : بأنه محمول علي الندب لقوة العمومات المعارضة، ويؤيده إعراض من أعرض في زمن أبي هريرة، وبأن الضمير في جداره لجاره ؛ لقربه . أي :

---

(١)- حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري علي نهاية المحتاج (٤/٤١٠).

(٢)- نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج (٧/٤٠٤، ٤١٠).

(٣)- الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبري (٦/٩٧)،كتاب الغصب، باب : « لايملك أحد بالجناية شيئا جني عليه إلا أن يشاء هو والمالك » وذلك من حديث عكرمة عن ابن عباس.

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/١٧١)، كتاب البيوع ، باب: « الغصب وحرمة مال المسلم» من حديث عمرو بن يثربي قال : خطبنا رسول الله – ﷺ – فذكره .

(٤)- البخاري مع الفتح (٥/١٣١) ، كتاب المظالم ، باب : « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره» ، ومسلم بشرح النووي (١١/٤٧)كتاب المساقاة، باب : « غرز الخشب في جدار الجار» .

لا يمنعه أن يضع خشبة في جدار نفسه، وإن تضرر به من جهة منع الضوء، والهواء ، ورؤية الأماكن المستطرفة ونحوها ، ويتأيد بأنه القياس الفقهي ، والقاعدة النحوية ، فإنه أقرب من الأولي فوجب عود الضمير إليه .

وهذا ظاهر في الدلالة علي انه ليس لأحد الشريكين التصرف في الملك المشترك بغير رضا الآخر ؛ وذلك قطعا للضرر عنه .

وفي القديم : أنه يجوز له ذلك بغير إذن شريكه .

ولهذا القديم شروط ، منها : أن لا يضع عليه ما يضر به (١) .

وكل هذا يؤكد ما قدمنا من أن المذهب الشافعي يعتبر باب : « تصرفات الإنسان في الأعيان والمنافع المشتركة » - مجالا واسعا لإعمال حديث : « لا ضرر ولا ضرار »، وهذا بخلاف ما مر في باب تصرفات الإنسان في خالص ملكه .

ولعله يكون قد اتضح أمر وجهة الفقه الشافعي بخصوص العمل بالحديث من خلال مجموع ما ذكر ونتحول الآن إلي بيان وجهة الفقه الحنبلي بخصوص ذلك .

د-المذهب الحنبلي

يعد المذهب الحنبلي - فيما يبدو لي - اكثر المذاهب الأربعة توسعا في إعمال حديث : « لاضرر ولا ضرار »، فهو يتخذه اصلا في تقييد الحقوق كافة بما فيها حق الملكية .

---

(١) نهاية المحتاج (٧ / ٤٠٤) .

والإمام أحمد – رحمه الله تعالي – روي في مسنده هذا الحديث، وقد قال – في رواية حنبل بعد أن ذكر له حديث قصة سمرة والرجل الأنصاري– :

« كل ما كان علي هذه الجهة، وفيه ضرر – يمنع من ذلك ، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان، ولايضر بأخيه في ذلك ، وفيه مرفق له » [1] .

وهذا ظاهر في أن الإمام أحمد يقيد استعمال المالك، فقد اتخذ من قضاء رسول الله –ﷺ– علي سمرة أصلا يقاس عليه كل تصرف في حق الملكية، إذا تحقق فيه الوصف المؤثر المستوجب حكم التقييد، وهو – هنا – الإضرار بالغير، وذلك علي نحو ما أصاب الأنصاري، وحينئذ فإنه يجبر علي الإزالة بحكم السلطان .

وقال أحمد في رواية محمد بن يحيي المتطبب (الرواية الثانية) في الرجل يحفر قناة إلي جنب قناة الرجل :

« لا يقر عليها وتطم » [2] .

وقال في رواية ابن منصور :

« لا يحفر بئرا إلي جنب بئره، أو كنيفا إلي جنب حائطه وإن كان في حده » ، قيل له : فيقدر أن يمنعه ؟ . قال : « نعم » [3] .

وقد صرح به في رواية الميموني . فقال عن الشعبي : إنه حدث في قاض قضي بين رجلين ، لكل واحد منهما بستان إلي جنب صاحبه،

---

(١)– القواعد لابن رجب (١٤٩). ط : دار المعرفة بيروت، وجامع العلوم والحكم له (٣٠٢) ، والفروع (٢٨٦/٤).

(٢) – الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلي محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، بتحقيق المرحوم محمد حامد الفقي . ط : دار الكتب العلمية – بيروت. ص (٢٢١).

(٣)– الأحكام السلطانية (٢٢١).

فاحتفر أحدهما في بستانه بئرا، فساق ماء بئر بستان جاره، فقضي أن تسد بئر هذا ، فإن رجع ماؤه فذاك ، وإن لم يرجع كلف أن يخرج ما ألقي في بئر جاره، فقال الشعبي : أصاب القضاء، واعجب أحمد قضاؤه ، وهو اختيار أبي بكر [١] .

ومثل هذه النصوص - وغيرها كثير - يؤكد أن الإمام أحمد يذهب إلي تقييد استعمال الإنسان لحق الملكية بأن لا يترتب علي ذلك ضرر للغير باعتبار حديث : « لا ضرر ولا ضرار »، ويتخذ من هذا الحديث قاضيا علي سائر التصرفات، من حيث وقوعها جائزة، أوممنوعا منها ، وبهذا جاءت كتب الفقه الحنبلي متونا ، وشروحا .

ففي المغني لابن قدامة :

« وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو أن يبني فيه حماما بين الدور، أو يفتح خبازا بين العطارين ، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها ، أو يحفر بئرا إلي جنب بئر جاره يجتذب ماءها »[٢] .

ويعلل ابن قدامة لذلك بقوله :

« ولنا قول النبي - ﷺ - : (لا ضرر ولا ضرار) ؛ ولأن هذا إضرار بجيرانه » [٣] .

فمستند الفقه الحنبلي في المنع من هذه التصرفات - كما هو الظاهر - إنما هو حديث : « لاضرر ولا ضرار » .

---

(١) - الأحكام السلطانية لأبي يعلي (٢٢١) .
(٢)- المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (٥/٥١، ٥٢) .
(٣)- المصدر السابق .

وفي « الشرح الكبير» علي متن المقنع مثل ذلك [1] .

وجاء في « الفروع » :

« ومن أحدث في ملكه ما يضر بجاره- كحمام ، وكنيف، ورحا، وتنور - فله منعه (يعني من أحدث عليه له المنع) ، كابتداء إحيائه، بإجماعنا ، ذكره القاضي، وغيره ، وكدق، وسقي يتعدي إليه ، بخلاف طبخه في داره، وخبزه؛ لأنه يسير . .، وقد احتج أحمد بالخبر: (لا ضرر ولاضرار) » [2].

ونقل في « الفروع » - بعد ذكره حديث سمرة، وكلام أحمد بشأنه، الذي قدمت - قال شيخنا (يعني : شيخ الإسلام ابن تيمية) :

« الضرار محرم بالكتاب والسنة، ومعلوم أن المشاقة والمضارة مبناها علي القصد والإرادة، أو علي فعل ضرر لا يحتاج إليه ، فمتي قصد الإضرار ولو بالمباح، أو فعل الإضرار من غير استحقاق فهو مضار، وأما إذا فعل الضرر المستحق للحاجة إليه والانتفاع به، لا لقصد الإضرار فليس بمضار ، ومن ذلك قوله - ﷺ - في حديث النخلة التي كانت تضر صاحب الحديقة لما طلب من صاحبها المعاوضة عنها بعدة طرق فلم يفعل ، فقال : (إنما أنت مضار) ثم أمر بقلعها ، قال :

فدل ذلك علي أن الضرار محرم، لا يجوز تمكين صاحبه منه، والله أعلم » [3] .

---

(١)- الشرح الكبير بهامش المغني (٥/٥٠، ٥١) .
(٢)- الفروع لابن مفلح (٣/٢٨٥) .
(٣)- الفروع (٣/٢٨٦) .

وقول ابن تيمية هذا ، النظر إليه والتحليل له يجلّي وجهته بخصوص فعل الضرار، وهي :

١- أن الضرار محرم بالكتاب والسنة .

٢- أن مبني اعتبار المشقة والمضارة علي القصد والإرادة، أو علي فعل ضرر لا يحتاج إليه، ومعني هذا : أنه إذا كان الباعث علي التصرف المأذون فيه هو تمحض قصد الإضرار، اعتبر التصرف ضررا ممنوعا منه، وذلك بالنظر إلي هذا الباعث من غير التفات إلي أنه - في الأصل- مأذون فيه .

وكذلك الأمر بالنسبة للتصرف المأذون فيه الذي لايحتاج إليه المتصرف ، ولا يكون له فيه منفعة، علي أنه يؤول - في نهاية الأمر- إلي إلحاق ضرر بالغير ، فإنه يعتبر ضرراً ممنوعا منه بالنظر إلي هذا المآل من غير التفات إلي أنه - في الأصل - مأذون فيه .

٣- أن تصرف الإنسان في المباحات مقيد بأن لا يترتب عليه ضرر .

٤-أن الضرر المستحق للحاجة إليه والانتفاع به، لا لقصد الإضرار- معفو عنه .

٥-أن مقتضي تحريم الضرار المنع من إحداثه ، فإنْ أُحْدِثَ فلا يمكَّنُ المحدث منه، بل يجبره السلطان علي إزالته .

وقال في«المبدع» :

«يحرم إحداثه في ملكه ما يضر بجاره كحمام ، وتنور ، وكنيف. . . .إلخ ، وقد احتج أحمد بقوله - عليه السلام- : (لا ضرر ولا إضرار)» [1] .

---

(١)- المبدع في شرح المقنع (٤/٢٩٨) .

وجاء في « شرح منتهي الإرادات » :

« وحرم علي مالك أن يحدث بملكه ما يضر بجاره: كحمام يتأذي جاره بدخانه، أو يتضرر حائطه بمائه..، وكنيف يتأذي جاره بريحه، أو يصل إلي بئره، ورحا يهتز بها حيطانه، وتنور يتعدي دخانه إليه، ودكان حدادة، وقصارة يتأذي بدقه بهز الحيطان ؛ لحديث : (لا ضرر ولا ضرار)، وللجار منعه إن فعل ذلك كما له منعه من ابتداء إحياء ما بجواره لتعلق مصالحه به »[1].

فهذه جملة نصوص يمنع فيها المالك من التصرف في ملكه بمثل ذلك ؛ لتضرر الجار؛ استنادا إلي حديث : « لا ضرر ولا ضرار ».

ويقال – هنا – إن الحنابلة يُغَلِّبُون مقتضي هذا الحديث علي ما تقتضيه « قاعدة حق الملك » من أن الملك جامع مانع: جامع لكل سبل التصرف في المال المملوك ، مانع الغير من مزاحمة المالك في ذلك.

ويجاب عن هذا بأنه هو الذي فيه الجمع بين النصوص من جهة إبقاء الملك مطلقا للتصرف في دائرة ما جاء به الشرع من جلب المصالح ، ودفع المفاسد (المضار).

فإذا تجاوز هذه الدائرة بحيث صار يترتب عليه ضرر معتبر ؛ فإنه يسلب هذا الإطلاق، لسلب ما يستند إليه من قاعدة حق الملك ، ويعمل حديث : « لا ضرر ولا ضرار ».

---

(١)- شرح منتهي الإرادات لمنصور بن يونس البهوتي . ط: دار الفكر . (جـ٢/ ٢٧٠) .
وانظر : كشاف القناع عن متن الإقناع له (٣/ ٤٠٨)، والمحرر لابن تيمية الجد (١/ ٣٤٣)، ومنار السبيل (١/ ٣٧٢).

وعلي هذا يكون تصور أن الحديث يزاحم قاعدة حق الملك ، فيغلب عليها - غير مسلم به ؛ إذ إن حقيقة الأمر هي : سلب هذه القاعدة، وقطعها عن العمل لخروج المالك عن الإطار العام الذي تعمل فيه، والذي يرجع إلي : تحصيل المنافع وتكميلها ، وتعطيل المضار وتقليلها ، وفي الجهة الاخري : إعمال حديث : «لا ضرر ولا ضرار».

إذاً فالحديث يعمل في حالة كون قاعدة حق الملك مسلوبة (أي : منتفية) لا وجود لها ؛ لانتفاء ما ترجع إليه من هذا المقصد : (جلب المنافع، ودفع المضار).

وليس يتصور أن قاعدة «حق الملك» تسوغ للمالك التسلط بالإضرار علي الغير ، فتبيح له مطلق التصرف الذي يكون من شأنه - في بعض الاحيان - مثل هذا .

وإنما الذي يطمئن إليه العقل ويجزم به أن هذه القاعدة تعمل في الإطار الكلي للشريعة ، أو مايسمي - في عرف المعاصرين - بالنظام العام، فإن خرجت عن هذا الإطار بحيث يكون - بالنسبة لها - كالملغي لا وجود له ، أو المهمل الذي لا يراعي ، فليس ثم ما يوجب إبقاءها عاملة، بل الذي يناسب إنما هو قطعها عن العمل، وإعمال غيرها مما يتحقق به المقصود ، وهو - هنا - حديث: «لا ضرر ولا ضرار».

والحاصل : أن كلا من الحديث والقاعدة عمل في موضعه من غير أن يكون بينهما تزاحم ، أو تغليب لأحدهما علي الآخر .

وهذا هو ما ينسجم مع مقصود الشريعة الذي هو تحصيل المنافع وتكميلها ، وتعطيل المضار وتقليلها .

وقد أجاد ابن رجب في عرضه لوجهة الفقه الحنبلي بخصوص العمل بحديث «لاضرر ولا ضرار» ، وذلك عند شرحه له في كتاب : «جامع العلوم والحكم» .

وعرض هذه الوجهة -علي نحو ما قال به – كما يلي :

أولا : ان إدخال الضرر علي أحد – بحق – إما لكونه تعدي حدود الله فيعاقب بقدر جريمته ، أو كونه ظلم غيره فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعا . (يعني : أن ذلك ليس داخلا في نفي النبي – ﷺ – في قوله : «لا ضرر ولا ضرار).

وإنما المراد : نفي إلحاق الضرر بغير حق.

ثانيا : والضرر بغير حق علي نوعين :

(أحدهما) : أن لا يكون في ذلك غرض سوي الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه، وتحريمه.

قال ابن رجب : وقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في مواضع (فذكر – رحمه الله – بعض ما قدمنا في مبحث استعمال النصوص القرآنية لمادة «ض رر»).

(النوع الثاني) : أن يكون له غرض آخر صحيح مثل ان يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدي ذلك إلي ضرر غيره .

أو انه يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيرا فيتضرر الممنوع بذلك ، فهذان قسمان .

أ– اما القسم الاول : وهو التصرف في ملكه بما يتعدي ضرره إلي غيره ، فإن كان علي غير الوجه المعتاد مثل أن يؤجج في أرضه نارا في يوم عاصف

فيحترق ما يليه ، فإنه متعد بذلك وعليه الضمان .

وإن كان علي الوجه المعتاد ففيه للعلماء قولان مشهوران .

أحدهما : لا يمنع من ذلك [1] .

والثاني : المنع ، وهو قول أحمد [2] ، ووافقه مالك في بعض الصور.

فمن صور ذلك :

أن يفتح كوة في بنائه العالي مشرفة علي جاره، أو يبني بناء عاليا يشرف علي جاره، ولا يستره فإنه يلزمه بستره، نص عليه أحمد .

وذكر ابن رجب جملة صور تقدمت كأن يحفر بئرا بالقرب من بئر جاره ، فيذهب ماؤه . . ، ونحو ذلك ، وكأن يكون له ملك في أرض غيره ويتضرر صاحب الأرض بدخوله إلي أرضه، فإنه يجبر علي إزالته ليندفع به ضرر الدخول، ودليل ذلك حديث سمرة .

وأخرج أبو داود في « المراسيل » من رواية ابن إسحاق عن محمد بن يحيي بن حبان عن عمه واسع بن حبان قال : كانت لأبي لبابة عذق في حائط رجل فكلمه، فقال : إنك تطأ حائطي إلي عذقك، فأنا أعطيك مثله في حائطك، وأخرجه عني ، فأبي عليه، فكلم النبي - ﷺ - فيه، فقال : « يا أبا لبابة خذ مثل عذقك ، فحزها إلي مالك، واكفف عن صاحبك ما يكره » فقال : ما أنا بفاعل، فقال : « اذهب فأخرج له مثل عذقه إلي

---

(١)- تقدم أن ذلك هو مذهب الشافعية ذكره النووي في الروضة (٣١٩/٩)، وهو مذهب الحنفية . انظر مجمع الضمانات (١٦١) .

(٢)- جامع العلوم والحكم (٣٠١) .

حائطه، ثم اضرب فوق ذلك بجدار، فإنه لا ضرر في الإسلام ، ولا ضرار» (١) .

قال ابن رجب «ففي هذا الحديث ، والذي قبله (يعني : حديث سمرة) إجباره علي المعاوضة حيث كان علي شريكه أو جاره ضرر في شركه، وهذا مثل إيجاب الشفعة لدفع ضرر الشريك الطارئ، ويستدل بذلك - أيضا - علي وجوب العمارة علي الشريك الممتنع من العمارة ، وعلي إيجاب البيع إذا تعذرت القسمة، ومتي تعذرت القسمة؛ لكون المقسوم يتضرر بقسمته ، وطلب أحد الشريكين البيع أجبر الآخر ، وقسم الثمن ، نص عليه أحمد » (٢) .

ب- **وأما القسم الثاني** : وهو منع الجار من الانتفاع بملكه ، ولارتفاق به ، فإن كان ذلك يضر بمن انتفع بملكه- فله المنع: كمن له جدار واهٍ ، لا يحتمل أن يطرح عليه خشب .

وأما إن لم يضر به ، فهل يجب عليه التمكين ، ويحرم عليه الامتناع أم لا؟ فمذهب أحمد : أنه لا يجوز المنع من طرح الخشب علي جدار جاره (٣) . ودليل ذلك حديث أبي هريرة الذي في الصحيحين ، وقد سبق ذكره، وقضاء عمر بن الخطاب- رضي الله عنه - علي محمد بن مسلمة .

---

(١)- تحفة الأشراف (٤١٠/١٣)، وعزاه إلي أبي داود في المراسيل .

(٢)- جامع العلوم والحكم (٣٠٢) .

(٣)- انظر تفصيل ذلك في المغني، والشرح الكبير بهامشه (٣٦/٥، ٣٧)، وهو مذهب الشافعي في القديم ، وإسحاق ، وأبي ثور، وداود بن المنذر، وعبد الملك بن حبيب المالكي . جامع العلوم (٣٠٣) وفي « الشرح الكبير» قال أحمد - في رواية أبي داود - :
«لايمنعه إذا لم يكن فيه ضرر، وكان الحائط يبقي» (٣٧/٥، ٣٨) .

قال ابن رجب : « وفي الإجبار علي ذلك روايتان عن الإمام أحمد ، ومذهب أبي ثور الإجبار علي إجراء الماء في أرض جاره إذا أجراه في قَنيٍّ في باطن أرضه، نقله عنه حرب الكرماني » (١) .

ومما ينهي عن منعه للضرر - منع الماء والكلأ؛ لحديث الصحيحين عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - قال :

« لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » (٢) .

قال ابن رجب : « ذهب أكثر العلماء إلي أنه لا يمنع فضل الماء الجاري والنابع مطلقا، سواء قيل : إن الماء ملك لمالك أرضه أم لا ..، والمنصوص عن أحمد وجوب بذله مجانا بغير عوض للشرب، وسقي البهائم ، وسقي الزرع .. » (٣) .

وقد أفاض ابن رجب في ذكر صنوف من ذلك : كمنع النار ، ومنع الملح .

وهذه هي جملة وجهة الفقه الحنبلي بخصوص العمل بحديث : « لا ضرر، ولا ضرار » فيما يتصل بحقوق الملكية وحقوق الارتفاق ، والتي يظهر منها صحة ما قرره البحث من أن المذهب يعد أكثر المذاهب الأربعة

---

(١)- جامع العلوم والحكم (٣٠٢).

(٢)- البخاري مع الفتح (٥/٣٨)، كتاب الشرب والمساقاة، باب : «من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتي يروي.... » ، ومسلم بشرح النووي (١٠/٢٣٠)، كتاب المساقاة، باب : « تحريم بيع فضل الماء ...» واللفظ المذكور أعلي لفظ البخاري . قال النووي : «فمعناه أن تكون لإنسان بئر مملوكة له بالفلاة، وفيها ماء فاضل عن حاجته ، ويكون هناك كلأ ليس عنده ماء إلا هذه ، فلا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا حصل لهم السقي من هذه البئر ، فيحرم عليه منع فضل هذا الماء للماشية، ويجب بذله لها بلا عوض؛ لأنه إذا منع بذله امتنع الناس من رعي ذلك الكلأ خوفا علي مواشيهم من العطش، ويكون بمنعه الماء مانعا من رعي الكلأ. » . شرح النووي علي مسلم (١٠/٢٢٨، ٢٢٩).

(٣)- جامع العلوم والحكم (٣٠٢) .

توسعا في الإعمال للحديث، إلي حد اتخاذه أصلا في تقييد الحقوق كافة بما فيها حق الملكية .

فابن رجب - رحمه الله - قرر أن المعني المراد من الحديث هو : «نفي مشروعية إلحاق الضرر بغير حق» وأدرج تحت هذا المعني نوعين رئيسين من الضرر.

الأول : تمحض قصد الإضرار بأن لا يكون لمحدث الضرر - في استعماله حقه - غرض سوي الإضرار بالغير .

ومثل هذا الإضرار لاريب في قبحه وتحريمه، ولا خلاف فيه بين العلماء.

الثاني: ان يكون له غرض آخر صحيح مثل ان يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له ، فيتعدي ذلك إلي ضرر غيره.

وهذا ينقسم قسمين :

أما القسم الأول : فهو أن يتصرف في ملكه بما يتعدي ضرره إلي غيره، فإن كان علي غير الوجه المعتاد ، فإنه متعد بذلك ، وعليه الضمان، وإن كان علي الوجه المعتاد ففيه قولان مشهوران للعلماء ، وقول احمد : المنع.
وأما القسم الثاني : فهو ان يكون التصرف منعا للغير عن الانتفاع بملكه (أي : ملك المانع) توفيرا له، فيتضرر الممنوع . وهذا ايضا ممنوع منه في المذهب ، بل ويجبر الممتنع علي عدم المنع.

ويظهر - هنا - ان الفقه الحنبلي يذهب إلي قطع الضرر بالمنع من الفعل الذي إحداثه يضر، وبالإجبار علي الفعل الذي منعه يضر .

ومثل هذا توسع في إعمال حديث: «لا ضرر ولا ضرار» ، غلقا لكل أبواب الضرر وهو ما يؤكد اتخاذ المذهب للحديث كاصل في تقييد الحقوق كافة بما فيها حق الملكية .

وكل هذا من شأنه تقوية ما يذهب إليه البحث من أن المذهب الحنبلي يعد أكثر المذاهب الأربعة توسعا في الإعمال للحديث ، وذلك علي نحو ماعرض له تفصيلا .

ونعرض في الصفحات التالية لوجهة الفقه الظاهري...

هـ- المذهب الظاهري

يري ابن حزم أنه لا يجوز الاحتجاج بحديث : « لا ضررولا ضرار » - علي تقييد حق المالك في التصرف في خالص ملكه ، وأنه « لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة، أو باب، أو أن يهدمه إن شاء - في دار جاره، أو في درب غير نافذ، أو نافذ، ويقال لجاره : ابن في حقك ما تستتر به علي نفسك، إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط » (١) .

ويذهب ابن حزم إلي تخطئة الإمام مالك - رحمه الله - في منعه من كل ذلك ؛ وتعليله لهذا « لأن كل ذي حق أولي بحقه، ولا يحل للجار أن ينتفع بحائط جاره إلا حيث جاء النص بذلك، ولا فرق بين أنْ يُهْدَم حائطُهُ فلا يكلف بنيانه، ويقول لجاره : استر علي نفسك إن شئت، وبين أن يَهدِمَ هو حائطَ نفسه، ولا فرق بين السقف والاطلاع منه، وبين قاع الدار والاطلاع منه، ولا فرق بين فتح كوة للضوء، وبين فتحها هكذا »(٢) .

ولأنه « لم يأت قط قرآن، ولا سنة، ولا رواية سقيمة، ولا قول صاحب يمنع المرء من أن يفتح في حقه، وفي حائطه ما شاء »(٣) .

ثم يرد ابن حزم احتجاج مالك بحديث « لا ضرر ولا ضرار » بأنه « خبر لا يصح ؛ لأنه إنما جاء مرسلا، أو من طريق فيها زهير بن ثابت ، وهو ضعيف » (٤) . علي أننا نجده يقر بصحة معناه فيذكر بعد قوله « وهو ضعيف »- « إلا أن معناه صحيح » (٥) .

---

(١)- المحلي لابن حزم (٢٤١/٨). ط : دار التراث - بتحقيق أحمد شاكر.

(٢)- المصدر السابق .　　(٣) - السابق .

(٤)- السابق، وتضعيف ابن حزم لحديث يرد عليه بما ذكر في موضع تخريج الحديث . فانظره.

(٥)- المحلي (٨/ ٢٤١) .

وقد يقال إن ابن حزم أعمل هذا الحديث في معناه الذي يراه صوابا ، وهو مراعاة ضرر المالك في تقييده حقه في التصرف في خالص ملكه؛ لأنه « لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقا» [1] .

والذي يلاحظ – هنا – أن ابن حزم قد أثبت صحة معني الحديث – وإن كان قد ضعف سنده – وهذا يعني أن قطع المضار معتبر عنده ، وغاية ما هنالك أنه لا يحتج لذلك بالحديث ، بل بالأدلة الخاصة لكل موضع بما يناسبه منها .

كما يلاحظ أنه قد عمل بمقتضي هذا الحديث الذي هو قطع المضار – في موضعنا هذا – وذلك من وجهة نظره – بأن راعي ضرر المالك في تقييد حقه في استعمال ملكه؛ لأنه أعظم ، فلا يصار إليه لدفع ضرر أخف .

بل إنه عد تقييد حق المالك في استعمال ملكه هو الضرر الحق الذي ينبغي أن يتناول بعين الاعتبار فيمنع منه .

والحاصل : أن ابن حزم يقطع الضرر عن المالك فيمنع من تقييد حقه في استعمال ملكه حتي يرد الدليل الخاص الذي يقيد به في هذا الموضع، لا فيما وراء ذلك ؛ لأن المعروف من مذهب الظاهرية أنهم لا يقولون بتعليل النصوص، وأنهم ينفون القياس فلا يعدون الحكم المنصوص عليه إلي ما ليس بمنصوص بجامع ما بينهما من الوصف المشترك .

---

(١)– السابق .

وجملة هذا أن العمل بمقتضي حديث : «لا ضرر ولا ضرار» الذي هو قطع الضرر - أمر لا يخالف فيه ابن حزم ، وإنما هو ينظر في الأدلة الخاصة التي يثبت بها أن هذا الموضع ضرر فيمنع منه، علي أن يكون ذلك في حدود ما جاء به الدليل الخاص.

فمثلا في مسألة ارتفاق الجار بجدار جاره بأن يضع خشبه عليه : «فإنه لا يحل لأحد أن يمنع جاره من أن يدخل خشبا في جداره، ويجبر علي ذلك أحب أم كره إن لم يأذن له...» [1] ؛ لأن الدليل الخاص جاء في هذا الموضع بمثل ذلك ، فعن أبي هريرة : أن رسول الله - ﷺ - قال : «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره» [2] ، ثم يقول أبوهريرة : مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم، فهذا قول أبي هريرة، ولا يعرف له مخالف من الصحابة .

وقد يبدو أن ذلك معارض للحديث : «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام» حتي إن الجمهور (الحنفية ، والمالكية ، والجديد عند الشافعية) [3] يقولون : ليس له أن يضع خشبة في جدار جاره، غير أن ابن حزم - رحمه الله - يجيب عن ذلك بأن «الواجب استعمال جميع السنن ، فنقول أموالنا حرام علي غيرنا إلا حيث أباحها الذي حرمها» [4] .

فثبوت حق الجار في الارتفاق بحائط جاره وضعا لخشبه عليه - منفعة له ، وتصرف صاحب الجدار في جداره- كما هو مقتضي حق الملك - بالمنع من ذلك إضرار بالجار ، وقطع هذا الضرر بإجباره علي وضع

---

(١)- المحلي(٨/٢٤٢).

(٢)- تقدم تخريجه.

(٣)-انظر في ذلك : المنتقي للباجي شرح الموطأ (٦/٤٣)، ونهاية المحتاج للرملي (٤/٤٠٥).

(٤)- المحلي (٨/٢٤٣)، وحديث : «إن دماءكم ...» تقدم تخريجه.

الخشب- وإن كان فيه تدخل في ملك الغير - إنما هو ما أوجبه الدليل الخاص.

ومثل ذلك : أنه « لا يجوز لأحد أن يدخن علي جاره»، وتعليل هذا : «لأنه أذي، وقد حرم الله - تعالي - أذي المسلم» [1] .

فثبوت المضارة - هنا - ووجوب قطعها إنما كان لموجب الدليل الخاص ، وهو تحريم الأذي ، هذا بخلاف «أن يبني في حقه ما شاء من حمام ، أو فرن ، أو رحا ...؛ إذ لم يأت نص بالمنع من شيء ذلك» [2] .

والعجب أنه ليس يوجد نص خاص في تحريم الدخان علي الغير، وإنما مستند ابن حزم هو «لأنه أذي ، وقد حرم الله - تعالي - أذي المسلم» ، فهو يستند - كما يظهر - إلي عموم تحريم الأذي ، ثم بعد ذلك نجده لا يري في الحمام، والفرن ....إلخ - أذي ، فلم يمنع منه محتجا بأنه لم يأت نص بالمنع من شيء من ذلك .

فهذا كلام أراه ليس ينسجم بعضه الأول مع بعضه الآخر؛ لأنه لم يستند في تحريم الدخان إلي نص خاص، بل باعتباره أذي ، إذًا فمنع الحمام، والفرن لما ينبعث عنهما من الدخان - الذي هو أذي - ينبغي أن يكون كذلك.

وإلا فإنه لم يأت نص خاص بالمنع من الدخان كما أنه لم يأت مثل ذلك بالمنع من الحمام والفرن..، فيبقي أمر هذا ، وذاك علي الجواز.

---

(١)- المحلي (٨/٢٤٢).

(٢)- المحلي (٨/٢٤٢).

مثال ثالث: « من ساق ساقية، أو حفر بئرا أوعينا فله ما سقي..، ولايحفر أحد بحيث يضر بتلك العين ، أو تلك البئر، أوبتلك الساقية ، أو ذلك النهر، أو بحيث يجلب شيئا من مائها عنها»[1] ؛ وذلك « لأنه إذا ملك تلك الأرض فقد ملك ما فيها من الماء فلا يجوز أخذ ماله بغير حق » [2].

فحيث قد جاء الدليل بحرمة أموال الغير، وعصمتها عن الإضرار بها، فإنه يقطع الضرر عنها،ويمنع محدثه من ذلك.

وكل ذلك ينتهي بالبحث إلي تقرير أن ابن حزم وإن كان يرفض حديث : « لا ضرر ولا ضرار» من حيث السند إلا أنه يعتبر معناه صحيحا، ويعمل هذا المعني في موضعه حيث يجئ النص به، ويدل عليه الدليل.

كما يقرر أن ابن حزم يري أن ضرر المالك في تقييده في التصرف بحقه أشد ، فلا يصار إليه لدفع ضرر أخف.

ونعرض بعد ذلك لوجهة الفقه الشيعي بخصوص العمل بالحديث.

---

(١)- المحلي لابن حزم (٢٣٩/٨).

(٢)- المصدر السابق .

و- مذهب الشيعة الإمامية

ذكر البحنوردي في كتابه «القواعد الفقهية» : أن الصحيح والظاهر في مفاد حديث «لا ضرر ولا ضرار»- « نفي الحكم الضرري ، بمعنى أن كل حكم صدر من الشارع فإن استلزم ضررا ، أو حصل من قبل جعله ضرر على ا لعباد - سواء أكان الضرر على نفس المكلف، أو على غيره كوجوب الوضوء الذي حصل من قبل وجوبه ضرر مالي ، أو بدني على المكلف، وكلزوم المعاملة في المعاملة الغبنية حيث نشأ من قبله ضرر على المغبون - مرفوع[1] ؛ (ولا يخفي) أنه بناء على هذا القول، استعمل كلمة (لا) في معناها الحقيقي؛ لأن معناها الحقيقي - كما ذكرنا - نفي جنس مدخوله حقيقة لا ادعاء، (ولا شك) في أن رفع الحكم الضرري من الشارع رفع حقيقي؛ لأنه لا وجود للحكم الضرري لو كان إلا في عالم التشريع، والمفروض أنه رفعه بهذه الجملة بناء على هذا القول»[2] .

وهذا المعني للحديث هو الاحتمال الثالث لأربعة احتمالات مشهورة معروفة ذكرها فقهاؤهم، وقد صرح البحنوردي بأن ظاهر الحديث هو هذا الاحتمال المذكور ، بل إنه الصحيح، فقال :

« فلا مناص إلا عن اختيار ما اختاره الشيخ الأعظم الأنصاري من أن ظاهر الحديث الاحتمال الثالث الذي ذكرناه من نفي الحكم الذي ينشأ من قبله الضرر» [3] .

---

(١)- القواعد الفقهية (١/١٨٠).
(٢)- المصدر السابق (١/١٨٠، ١٨١).
(٣)- السابق (١/١٨٨).

وقال أيضا : « الصحيح من هذه الاحتمالات والأقوال هو الذي ذهب إليه الشيخ الأنصاري... » [1] .

ومثل هذا المفاد يظهر به تقديم قاعدة : « لا ضرر ولا ضرار » – عند الشيعة – علي الأدلة الأولية القائمة علي ثبوت الأحكام الواقعية لموضوعاتها بعناوينها الأولية .

ووجه تقديم دليل « لا ضرر ... » علي تلك الأدلة – عندهم – « حكومته عليها بالحكومة الواقعية ؛ بالتضييق في جانب المحمول ، فدليل لا ضرر يضيق المحمول في تلك الأدلة ؛ برفعه رفعا تشريعيا في إحدي الحالتين ، أي : في حالة كونه ضرريا سواء كان المحمول حكما تكليفيا ، أو وضعيا، بلا تصرف وتضييق في النسبة التي بين الموضوع والمحمول حتي يكون تخصيصا » [2] .

ومثال ذلك « إذا قسنا دليل لا ضرر مع دليل وجوب الغسل أو الوضوء علي المحدث بالحدث الأكبر، أو الأصغر – يكون مفاد لا ضرر : أن هذا الوجوب المحمول علي المحدث بالحدث الأكبر أو الأصغر ، ويقال بأن المحدث بحدث كذا يجب عليه – ليس مجعولا إذا كان ضرريا »[3] . فهنا دليلان دليل « لا ضرر»، ودليل « وجوب الغسل أو الوضوء » علي المحدث

---

(١)- القواعد الفقهية (١٨٢/١).

(٢)- القواعد الفقهية (١/ ١٩٧)، وقد تقدم الرد علي مثل هذه الدعوي في موضع ذكر وجهة نجم الدين الطوفي، وذلك بما حاصله : أن هذا يعكس الوضع في التخصيص ، فإن الخاص (وهو هنا الأدلة الأولية ..إلخ) هو الذي يخصص العام لا العكس، والعام – هنا – هو« لا ضرر ولا ضرار » ، ومن ثم فإنه يباح بعض الضرر بنص خاص استثناء من هذا النص العام.

(٣)- القواعد الفقهية (١٩٧/١) ، والذي يقال – هنا – إن ذلك هو حكم الشرع في موضع المشقة : التخفيف، والتحول إلي البدل رخصة؛ لقطع المشقة والحرج؛ لا أن «لا ضرر» لها حكومة علي=

حدثا أكبر، أو أصغر، وقد حكم دليل لا ضرر في دليل وجوب الغسل- حالة كونه ضرريا- برفعه عن عالم الجَعْل والتشريع.

وعلي هذا فإنه يتقرر : أن مفاد « لا ضرر » - الصحيح - هو رفع الحكم الذي ينشأ منه الضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفيا أوكان وضعيا « بل الحكم الوضعي أولي بشمول (لا ضرر) له ؛ لأن الحكم التكليفي بمحض جعله وتشريعه لا يكون موجبا لوقوع الضرر في الخارج، بل الضرر يقع في مرحلة الامتثال فيتوسط بينه، وبين وقوع الضرر إرادة المكلف، واختياره، وأما الحكم الوضعي كاللزوم في المعاملة الضررية فهو بنفسه موجب لوقوع الضرر من دون توسط إرادة المكلف واختياره في البين ، فيكون دليل هذه القاعدة - كما تقدم - حاكما علي إطلاقات الأدلة الأولية في جانب المحمول بمعني تضييق القاعدة لمحمول تلك الأدلة وتقييدها بحال عدم كونها ضرريا . . . » [1] .

وشرط رفع هذا الحكم أن « يكون علة تامة للضرر، أو يكون هو الجزء الأخير من العلة التامة للضرر حتي يصح أن يقال : إن هذا الحكم ضرري بحيث لو لم يكن هذا الحكم لما كان المكلف واقعا في الضرر » [2] .

كذلك فإنه يتقرر حكومة قاعدة : « لا ضرر ولا ضرار » علي إطلاقات الأدلة الأولية في جانب المحمول بالتضييق له وتقييده بإحدي حالتيه حالة عدم كونه ضررا.

=دليل وجوب الغسل ...إلخ - حالة كونه ضرريا، وهو ما ينبغي أن يقرر إبقاء لأدلة الشرع عاملة في الوقائع الجزئية، كل دليل في موضعه ما أمكن ذلك، حتي وإن بدا الخلاف في مجرد اللفظ عند البعض. ومثل هذا يسد باب قطع الأدلة عن العمل في وجه أهل الغرض، وذوي النفوس المريضة.

(١)- المصدر السابق (١/١٩٩) .　　　　(٢)- المصدر السابق (١/١٩٨).

وأما بخصوص قاعدة (الناس مسلطون علي أموالهم) وهل تعارض بمفاد «لا ضرر» الذي هو «رفع الحكم الضرري ، ونفيه مطلقا، سواء كان حكما تكليفيا أم وضعيا» [(١)] .

فالجواب : أن حال السلطنة الاعتبارية المجعولة من قبل الشارع للملاك علي أموالهم إذا كان ضرريا – منفي بـ(لا ضرر) ، ويكون حال السلطنة حال سائر الأحكام الشرعية المجعولة علي موضوعاتها [(٢)] .

«فكما تكون القاعدة حاكمة علي أدلة سائر الأحكام، فكذلك الحال في نسبتها مع قاعدة (الناس مسلطون علي أموالهم)» [(٣)] .

إذاً فموقف الفقه الشيعي من إعمال حديث «لا ضرر» في مجال تصرف المالك في خالص ملكه (وهو ما يعبر عنه – عندهم – بأن الناس مسلطون علي أموالهم) انه يغلِّب الحديث ، فيُقيَّد به المالك ، ويُمنع من التصرف الذي ينشأ بسببه الضرر بالغير ، هذا من حيث الجملة .

أما من حيث التفصيل فإنهم يقدمون تصورا لتصرف المالك في ماله مع الإضرار بالغير ؛ إذ إن ذلك علي انحاء « فقد لا يكون (يعني التصرف) إلا بقصد الإضرار بالغير من دون أن يكون له نفع في هذا التصرف، أو يكون في تركه ضرر عليه » .

أو «لا يكون بقصد الإضرار ، ولكن ليس في ذلك التصرف نفع له ، ولا في تركه ضرر عليه، بل يكون عابثا بفعله» .

أو «أن يكون له نفع فيه، ولكن ليس في تركه ضررعليه » .

---

(١)– انظر: القواعد الفقهية (١/ ١٩٨) . والمعني : أنه ليس في المجعولات الشرعية، وفيما هو من الدين – مجعول ينشأ من قبله الضرر، ويكون الضرر عنوانا ثانويا له .

(٢) ، (٣)– القواعد الفقهية (١/ ٢٠٦).

أو« أن يكون في تركه ضرر عليه » . فهذه صور أربع يجيء تصرف المالك في ماله علي نحوها، والمذهب أنه « لا شك في حكومة قاعدة (لا ضرر) علي (قاعدة الناس مسلطون علي أموالهم) في الصورة الأولي، والثانية »، ومعني هذا أنه يمنع المالك من التصرف في هاتين الصورتين ، إعمالا لقاعدة « لا ضرر » ، وإبطالا لقاعدة (الناس مسلطون) ؛ كما هو مقتضي كون الأولي حاكمة .

والحكم بمثل ذلك « بناء علي شمول قاعدة السلطنة لمورد الإضرار بالغير ، سواء كان من قصده الإضرار أم لم يكن » [(١)] .

وأما في الصورة الثالثة فمقتضي ما ذكر في الصورتين : الأولي، والثانية – حكومة قاعدة (لاضرر) علي قاعدة (السلطنة)؛ « لأن سلطنة الملاك علي أموالهم حكم شرعي وضعي علي الأموال بعناوينها الأولية، (وقد تقدم) حكومة قاعدة (لا ضرر) علي الأدلة الأولية المثبتة للأحكام علي موضوعاتها بعناوينها الأولية » [(٢)] .

وعندهم – هنا – قول آخر بخصوص هذه الصورة مفاده : « أن عدم جواز تصرف المالك في ماله وحرمته فيما إذا كان التصرف ضرريا بالنسبة إلي الغير ، ولم يكن تركه ضرريا علي نفسه، ولكن [هنا] كان فيه نفع للمال ، فترك مثل هذا التصرف ، وحرمته – حرج عليه ، فيقع التعارض بين قاعدة (الضرر)، وقاعدة (الحرج) ، والثانية حاكمة علي الأولي، وعلي فرض عدم الحكومة تكون قاعدة السلطنة المرجع بعد تساقط (لا ضرر) ، (ولا حرج) بالمعارضة » [(٣)] .

---

(١)- المصدر السابق (١/٢٠٧).　　　(٢)- القواعد الفقهية (١/٢٠٧).

(٣)- القواعد الفقهية (١/٢٠٧)، وقد اعترض اليحنوردي علي هذا بأنه لا يعرف وجه يمكن الاعتماد عليه لحكومة قاعدة الحرج علي قاعدة السلطنة .

وأما الصورة الرابعة وهي فيما إذا كان ترك التصرف وعدم السلطنة عليه يكون موجبا لتضرر المالك « فقاعدة (الضرر) بالنسبة إلي ضرر الغير مع نفسه بالنسبة إلي ضرر المالك – يتعارضان، وبعد تساقطهما المرجع هي قاعدة السلطنة » [١] .

ويقرر الشيعة « أن جواز تصرف المالك في هاتين الصورتين : أي في الصورة الثالثة، والرابعة – من حيث الحكم التكليفي لا يتنافي مع ثبوت الضمان؛ وضعا لقاعدة الإتلاف » .

ونلاحظ – هنا – أنه علي الرغم من جواز تصرف المالك – إما اتفاقا كما في الصورة الرابعة، وإما علي اختلاف بينهم : كما في الصورة الثالثه – فإنه يلزمه الضمان ؛ « وضعا لقاعدة الإتلاف » .

وهذا يخالف ما عرف في فقه المذاهب الاربعة (الفقه السني) من قاعدة : « أن الجواز الشرعي ينافي الضمان » ، والتي يفهم منها : أنه لو فعل شخص ما أجيز له فعله شرعا ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامنا للخسارة الناشئة عن ذلك .

والحق أن ما عليه المذاهب الاربعة هو ما يتفق مع مقتضي الجواز؛ إذ كيف يجيز الشرع للمالك تصرفا هو بعد ذلك يؤاخذه عليه، ويكلفه به ضمانا؟ ! فيكون كأنما عاقبه وآخذه علي ما اجازه.

وبعد فهذه هي وجهات مذاهب الفقه الإسلامي بخصوص العمل بحديث « لا ضرر ولا ضرار» وقد عرضنا لها عرضا جمع بين الإيجاز بما ليس يخل ، والإسهاب بما ليس يمل .

---

(١)- المصدر السابق (٢٠٨/١)

خلاصة موقف مذاهب الفقه الإسلامى من العمل بحديث: «لا ضرر ولاضرار» فيما يتصل بالحقوق العقارية وحقوق الارتفاق. والوجهة التى يرتضيها البحث فى ذلك

ونختم كلامنا عن ذكر وجهات مذاهب الفقه الإسلامي بخصوص العمل بحديث : «لاضررولا ضرار» فيما يتصل بالحقوق العقارية وحقوق الارتفاق بتقرير هذه النتائج.

*** النتيجة الأولى :**

أنه تتفق مذاهب الائمة الاربعة علي إعمال حديث « لا ضرر ولا ضرار» بوجه عام، وتتخذ منه قاعدة كلية تراعي في باب استعمال الإنسان للحقوق العقارية ، وحقوق الارتفاق .

علي أن الخلاف جارٍ فيما بينها بخصوص اعتباره أصلا في تقييد تصرفات الإنسان في خالص ملكه ، فيثبت ذلك الحنابلة، ومذهب المالكية قريب منهم، ويمنع منه الشافعية ، والحنفية (إلا أن يكون الضرر الناشئ عن التصرف بيناً).

هذا علي أن مجال التطبيق العملي والحكم علي الوقائع التي تعرض للفقهين (الحنفي ، والشافعي) يظهر منه اعتبارهما لـ«لا ضرر ولا ضرار» في باب : « تصرفات الإنسان في خالص ملكه»، وذلك وفق ما أشير إليه من ضوابط، لا أنهما يهملانه بالكلية .

وقد يقال في الجواب عن سبب اختلاف المذاهب بهذا الخصوص إن ذلك يرجع إلي تغليب الفقه الحنبلي والمالكي لعموم حديث « لا ضرر..»

في مقابل تغليب الشافعية والحنفية لقاعدة : أن حق التملك جامع لكل سبل التصرف في المملوك ، مانع الغير من مزاحمة المالك في ذلك .

فالوجهة الأولي تنظر إلي حق الملك مقيدا بـ« لا ضرر . . » ؛ مراعاة لمصالح الناس ؛ وأخذا بمجموع الأدلة الشرعية ، لا ببعضها .

والوجهة الثانية تنظر إلي ما يقتضيه حق الملك نظرا مطلقا .

*** النتيجة الثانية :**

أن ابن حزم الظاهري – وإن ضعف سند الحديث – يري أن معني « لا ضرر . . » صحيح، ومن ثم فإن قطع المضار معتبر عنده .

وقطع المضار – عنده– يقضي بأن لا يمنع المالك من التصرف في مال نفسه بسبب مراعاة نفع الغير، فـ« لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره، فهذا هو الضرر حقا » وهذه هي وجهته في هذا الباب .

فإذا تجاوزنا هذا الباب إلي قطع المضار في الأبواب الأخري فإنه يكون حيث جاء الدليل الخاص بثبوت الضرر في هذا الموضع، ووجوب قطعه، لا فيما وراء ذلك .

*** النتيجة الثالثة :**

التقاء الفقه الشيعي مع الفقه الحنبلي والمالكي في تقييد حق المالك في استعمال ملكه، أو ما يسمي – عندهم – بقاعدة السلطنة– ب : « لا ضرر، و لا ضرار » وذلك مع اختلاف المنطلق .

فمنطلق الحنابلة والمالكية الجمع بين الادلة، وإعمال كل منها في موضعه من غير إهمال لاحدها علي ماهو المعروف من ان الإعمال أولي من الإهمال .

ومنطلق الشيعة حكومة : « لا ضرر ...» علي الأدلة ، حتي يكون الحديث تخصيصا لها ، وبمثل هذا قال نجم الدين الطوفي.

*** النتيجة الرابعة:**

رفض منطلق الشيعة هذا ومن وافقهم ؛ لأنه لا يوافق مقتضي نظر العقل، ولا يقر به النقل.

إذ إن هذا يعكس الوضع في التخصيص، فإن الخاص هو الذي يخصص العام، وهذا النص «لا ضرر ولا ضرار» يراد به - علي عمومه الشامل - تخصيص كل نص في مسألة فرعية يؤدي العمل به فيها إلي بعض الضرر ، مع أن المفروض أن يخصص هو بهذه المسائل الفرعية علي فرض وجودها ، فيباح بعض الضرر فيها بنص خاص استثناء من هذا النص العام .

كما أنه يخالف المقرر من إبقاء الأدلة الشرعية عاملة في الوقائع- ما أمكن ذلك - كل دليل في موضعه ، من غير إهمال لواحد منها، وهو قاعدة : « الإعمال أولي من الإهمال » .

كذلك فإنه يُفْضِي إلي فتح باب قطع الأدلة عن العمل أمام أهل الغرض، وذوي النفوس المريضة ؛ فيعبثون بمقررات الشريعة بحجة منع الضرر.

ومثل هذا لو كان يجوز في ذاته لحرم باعتبار ما يفضي إليه من وقوع المحظور؛ سدا للذرائع، فضلا عن كونه مخالفا لما هو مقرر.

وهذا كله يؤكِّد مِن رَفْض ذلك المنطلق.

* **النتيجة الخامسة :**

اعتماد وجهة الفقه الحنبلى ومن وافقه فى تقييد حق المالك فى استعمال ملكه بحديث : « لا ضرر ولا ضرار »؛ لأنه الآخذ بمجموع الأدلة الشرعية لا ببعضها دون بعض الموافق لما جاءت به الشريعة من تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها .

ولأن تصرف المالك فى خالص ملكه بما يعود بالضرر على الغير لا يمكن إرجاعه إلى ثبوت قاعدة حق الملك ؛ إذْ إنها ثبتت فى هذا الإطار الكلى للشريعة الذى ترجع إليه الأحكام ، وهو : تحصيل المصالح وتكميلها . . .إلخ ، فإن خرجت على هذا الإطار، وقطعت عنه بحيث يكون –بالنسبة لها – كالملغى لا وجود له، أو المهمل الذى لا يراعى – انتفى ثبوتها ، وفى الجهة الأخرى يثبت إعمال غيرها مما يتحقق به المقصود، وهو – هنا – حديث : « لا ضرر ولا ضرار » .

على أنه تجب الموازنة بين مصلحة صاحب الحق فى استعمال ملكه، والمضرة التى تترتب على ذلك، فيوازن بين مصلحة صاحب الحق من حيث كمها ، وأثرها، وما يعود عليه – والمضرة التى تصل إلى غيره خاصة ، أو إلى المجموع ، فإن رجحت مصلحة صاحب الحق لا يمس حقه، وإنْ رجحت مضرة الغير قيد حقه لقطع هذه المضرة (١) .

---

(١) واحتمالات تصور ذلك – كما يري الشيخ أبو زهرة – أربعة :

١– الضرر المؤكد الوقوع: وهو أن يترتب علي تصرف المالك في ملكه ضرر مؤكد بغيره عند استعمال حقه المأذون فيه .

وحكمه: أنه إذا تمكن صاحب الحق من استعمال ملكه دون إضرار بغيره فيمتنع من الضرر لأن هذا تعمد للأذي منهي عنه.

وإذا كان لا يمكنه استعمال ملكه إلا علي وجه يضر به غيره ، ينظر : فإن كان الضرر عاما ، أي: يلحق بالكافة – يمنع ؛ لأنه يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام . =

....

= أما إذا كان الضرر خاصا بالآحاد فإن صاحب اليد والملك هو المقدم (الأولي بالاعتبار) ؛ ذلك أنه قد تعارض إضراران : إضرار صاحب الحق في الملكية الخاصة إذا منع من حقه، وإضرار من لا يد له ولا ملك « والمعلوم من الشريعة تقديم صاحب اليد والملك ، ولا يخالف في هذا عند المزاحمة علي الحقوق» (الموافقات للشاطبي٢/٣٥٢، ٣٥٣).

٢- الضرر الغالب وقوعه : وهو أن يكون الضرر كثير الوقوع عند تصرف المالك في خالص ملكه ، بحيث إنه يغلب علي الظن وقوعه عند القيام بالفعل.

فهذه الحال تلحق بسابقتها : وهي المقطوع فيها بوقوع الضرر ؛ لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين في الأحكام العملية . (الموافقات ٢/٣٦٠).

٣-الضرر الكثير غير الغالب، وهو أن يكون ترتب المفسدة علي الفعل كثيرا في ذاته إذا وقع، ولكن لا يغلب علي الظن وقوعه.

وفيه اختلف الفقهاء ، فالمالكية والحنابلة يرون العمل بقاعدة : « دفع المضار مقدم علي جلب المصالح» ، واحتمال وقوع الضرر كاف لمنع الفعل.

والحنفية والشافعية يرون أن الفعل مشروع في أصله، واحتمال الضرر لا يصلح دليلا علي الضرر المتوقع، فلا يمنع حق لمجرد احتمال الضرر.

والراجح هو مذهب مالك وأحمد «لأن الشريعة مبنية علي الاحتياط ، والأخذ بالحزم ، والتحرز مما عسي أن يكون نتيجة للمفسدة» . الموافقات (٢/٣٦٤) ؛ ولأن « الشرع الإسلامي نهي عن أمور كانت في أصلها مأذونا فيها ؛ لأن الضرر يقع منها بطريق احتمالي : كالنهي عن الهدية إلي الولاة، وكالنهي عن تلقي السلع ، وكالنهي عن المساومة علي سوم أخيه ، فإن الضرر في كل ذلك احتمالي، ومع ذلك نهي عنها ».

٤- الضرر القليل ، وهو أن يكون الضرر المترتب علي استعمال الحق المأذون فيه نادر الوقوع، أو كان في ذاته قليلا، فلا يلتفت إليه لقلته ؛ إذ العبرة بأصل الحق الثابت، فلا يعدل عنه إلا لعارض الضرر الكثير بالغير .

مستفاد من التكافل الاجتماعي للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٤ ، وقد تقدم تفصيل القول بهذا الخصوص عند عرض وجهة الشاطبي باعتباره من أصوليي المالكية.

المبحث الرابع

الضرر في باب الجنايات

مقدمة :

للجناية في الشرع معنيان ، معني عام ، وآخر خاص، أما المعني العام فيشير إليه صاحب التعريفات ، وذلك حيث يقول : «الجناية كل فعل محظور يتضمن ضررا علي النفس، أو غيرها»[1]، فهذا ظاهر في الدلالة علي أن الجناية لفظ عام يطلق علي كل فعل محرم شرعا من شأنه إتلاف الشيء كليا أو جزئيا بإخراجه من أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة منه عادة ، سواء كان هذا الشيء نفسا، أو مالا، أوعرضا، وسواء كان فعل الإتلاف صادرا عن عاقل أو غيره ؛ إذ يقال علي كل ما يتلفه الحيوان من نفس أو مال : جناية الحيوان .

وهذا ما تدل عليه اللغة، فلفظ الجناية في أصل وضعه في اللغة عام يستعمل في النفوس، والأموال، فالعرب تقول جني علي قومه جناية . أي : أذنب ذنبا يؤاخذ به [2] ، بقطع النظر عن كون هذا الذنب متعلقا بالنفس ، أو العرض ، أو المال .

وأما المعني الخاص للجناية فهو الاعتداء الواقع علي نفس الإنسان، أو أعضائه ، وهو ما غلب علي الفقهاء عند استعمالهم لذلك اللفظ لفظ : الجناية[3] ؛ ولهذا قال في المصباح المنير : « غلبت الجناية في ألسنة

---

(١) التعريفات للجرجاني (ص٦٠)، وانظر : مجمع الضمانات (١٦٥) ، وبداية المجتهد (٤٢٨/٢، ٤٢٩).

(٢)- المصباح المنير مادة «جني».

(٣)- انظر : تبيين الحقائق (٩٧/٦)، والقوانين الفقهية (ص ٢٨٤)، والبجيرمي علي الخطيب (٩٩/٤)، وكشاف القناع (٥٠٣/٥).

الفقهاء علي الجرح والقطع» [١] .

والبحث -هنا - يتجاوز الحديث عن الجنايات التي زجر الله عنها بحد أو تعزير ؛ لمعلومية أنها ضرر معتبر يمنع من حدوثه ابتداء ، فإن حدث عوقب محدثه بما أوجبه الله - تعالي - من الحد ، أو بما فوضه إلي الحاكم من التعزير.

وعلي هذا فإنه يكون المقصود بأنواع الضرر في أبواب الجنايات تلك الجملة من الجنايات التي يجب علي من باشرها أو تسبب فيها ضمان ما تولد عنها جبرا للمضرور .

والبحث يوجز القول في ذلك من خلال هذه المطالب الثلاثة :

المطلب الأول : الجنايات بالمباشرة

الجنايات التي يجب فيها الضمان إما أن تكون علي سبيل المباشرة، وإما أن تكون علي سبيل التسبب، وسنتناول في هذا المطلب الحديث عن المباشرة، وما يتعلق بها، وذلك في النقاط الثلاث التالية :

١- تعريف المباشرة :

المباشرة هي « إيصال الآلة بمحل التلف » [٢] .

وبعبارة أخري المباشرة هي إيجاد علة التلف كالقتل ، والأكل، والإحراق؛ ذلك لأن الذي يضاف إليه التلف في العادة والعرف إضافة حقيقية يسمي علة ، والإتيان به يسمي مباشرة [٣] .

---

(١)- المصباح المنير مادة «جني» ، وانظر : مجمع الضمانات (١٦٥) .

(٢)- بدائع الصنائع (١٦٥/٧) .

(٣)- انظر: فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع للنووي (٢٤١/١١، ٢٤٢).

وحد المباشر : " أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار [1] .

وعلي هذا فإن الجناية إذا حصلتْ نتيجةً مُباشِرةً لما قام به الفاعل من فعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يمكن أن تسند إليه – تسمي جناية بالمباشرة كقتل الرجل دابة آخر، وحرقه ثوبه ، وقطعه شجره، وإراقته عصيره، وهدمه بناءه ....إلخ، فهذه كلها جنايات بالمباشرة ينظر إليها الفقه الإسلامي علي أنها ضرر معتبر ، ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب الضمان علي محدثها .

لكن يبقي أن نعرض لهذا التساؤل ، وهو هل يشترط الفقهاء لاعتبار الجناية بالمباشرة ضررا موجبًا للضمان – أن تكون قد وقعت علي سبيل العمد، أو أنه لا تأثير للعمد، وعدمه في ذلك ؟

والجواب عن ذلك هو موضوع النقطة الثانية .

٢- مدى تأثير العمد في اعتبار الجناية بالمباشرة ضررا موجبا للضمان :

المشهور عند الفقهاء أنه لا يشترط التعمد في الإتلاف مباشرة؛ لأن أموال الناس مضمونة شرعا مطلقا ، فمن باشر إتلافا بأية طريقة كانت فهو ضامن ، سواء أكان عمدا أم خطأ ؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء ، والضمان فيها من خطاب الوضع فلا يشترط فيه التكليف، ولا فرق فيه بين الصغير والكبير، والعامد ، والمخطئ [2] .

(١)- انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي (١/٤٦٦)، والفروق (٤/٢٧).

(٢)- انظر: بداية المجتهد (٢/٣٤٨)، والحطاب (٥/٢٧٨)، ومغني المحتاج(٢/٢٧٧، ٢٧٨)، وكشاف القناع للبهوتي (٤/٦١١)، والمواد (٩٢)، (٩١٢)، (٩١٣) من مجلة الأحكام العدلية، ومجمع الضمانات (ص ١٦٥)، وشرائع الإسلام (٤/٢٤٨) .

وبهذا جاءت مجلة الأحكام العدلية في أكثر من مادة .

ففي المادة (٩٢) نص علي أن « المباشر ضامن وإن لم يتعمد » .

قال الشارح فإنه يضمن – يعني المباشر الذي يلي الأمر بنفسه – الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منه، أو لم يكن: كما إذا رمي طيرا بسهم أو رصاص فاصاب رجلا، فإنه يضمن ديته ، وكذا إذا كان مارا في السوق فمس وعاء اتفاقا وألقاه علي الأرض ، فإنه يضمن قيمته[1] .

وفي المادة (٩١٢) نص علي أنه « إذا أتلف واحد مال غيره الذي في يده، أو في يد أمينه قصدا، أو من غير قصد يضمن » [2] .

قال الشارح نقلا عن حاشية الطحطاوي : فلو كان في يد إنسان دُرَّةٌ فضرب رجلٌ علي يده فوقعت في البحر يضمن ، .. وفي« الخانية »: رجل حرق صك رجل، أو دفتر حسابه تكلموا فيما يجب عليه ، وأصح ما قيل فيه : أنه يضمن قيمه الصك مكتوبا [3] .

وفي المادة (٩١٣) نص علي أنه « إذا زَلِقَ واحدٌ وسقط فأتلف مال آخر ضمنه » .. قال الشارح : ولو كان قد زَلِقَ رغْمًا عنه ؛ لأن الإتلاف – هنا – حدث مباشرة ، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد [4] .

وعلي هذا فلو انقلب نائم علي متاع غيره وكسره ، فإنه يضمنه، ولو رمي شخص سهما إلي هدف في ملكه فتجاوزه وأتلف شيئا لغيره، فعليه ضمانه .

---

(١)– شرح المجلة لسليم باز رستم (١/٦٠).
(٢)– المصدر السابق .
(٣)– شرح المجلة لسليم باز (١/٥٠٨)، وانظر : مجمع الضمانات (١٤٦).
(٤)– المصدر السابق (١/٥٠٩).

فهذه الصور جميعها نظر الفقه الإسلامي إليها علي أنها ضرر معتبر موجب للضمان ، هذا علي أن الإتلاف فيها لم يكن متعمدا مقصودا، مما يدل علي أن القصد ليس ضروريا ما دام الإتلاف قد وقع مباشرة ؛ لأن المباشرة علة، والعلة مقارنة للحكم ؛ ولذا فإن كل شخص يكون مسئولا عن فعله سواء وقع منه عمدا، أو خطأ.

وتسوية الشريعة – في اعتبار الجناية بالمباشرة ضررا موجبا للضمان – بين العمد والخطأ أمر غير منكر؛ لأن العمد والخطأ اشتركا في الإتلاف الذي هو علة الضمان ، وإن افترقا في علة الإثم، وربط الضمان بالإتلاف من قبيل ربط الأحكام بأسبابها، هذا هو مقتضي العدل الذي لاتتم المصالح إلا به .

وثم سبب آخر لعدم التفرقة بين العمد والخطأ في ضمان الأموال ، وهو أن الضمان شرع لرفع الضرر وجبر ما فات ، ولا يمكن الجبر إلا بإحلال مال بدل المال التالف لإعادة الحال إلي ماكانت عليه قبل حدوث الضرر ، وذلك دون مراعاة إلي حال من وقع منه التلف [١] .

وفي هذا يقول عز الدين بن عبد السلام « إن الإتلاف يقع بالظنون، والأيدي، والأقوال، والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها ؛ لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدها ؛ لأنها من الزواجر» [٢] .

---

(١)- انظر : ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي للدكتور سليمان محمد أحمد . الطبعة الأولي ١٤٠٥/١٩٨٥- مكتبة المجلد العربي بالأزهر، ص (٢٠٥، ٢٠٦).

(٢)- قواعد الأحكام في مصالح الانام (١٥٦/٢).

وهكذا فإن حاصل ما عرض له يؤكد أنه لا يشترط التعمد لاعتبار الجناية بالمباشرة ضررا موجبا للضمان ، بل يستوي في ذلك التعمد وعدمه، وهنا فإنه يكون قد حان وقت هذا التساؤل الآخر ، وهو : هل يشترط لاعتبار الجناية بالمباشرة ضررا موجبا للضمان أن يكون معلوما لمن باشرها أن المتلف بها مال غيره ، وأن فعله الذي يقوم به يترتب عليه التلف، أو أنه لا تأثير للعلم وعدمه ؟

وجواب ذلك هو موضوع نقطتنا الثالثة .

٣- مدى تأثير العلم في اعتبار الجناية بالمباشرة ضررا موجبا للضمان :

لا يشترط الفقهاء لاعتبار الجناية بالمباشرة ضررا موجبا للضمان - علم المباشر بأن المتلف بالجناية مال غيره، بل يسوي الفقهاء في ذلك بين العالم والجاهل ؛ لعصمة أموال الناس من أن يقع عليها الضرر ، فلو أتلف إنسان مالاً ظانا أنه ماله ، ثم تبين له بعد الإتلاف أنه مال غيره ، اعتبر هذا الصنيع منه ضررا موجبا للضمان .

وبهذا جاءت المجلة، فقد نص في المادة (٩١٤) علي أنه « لو أتلف أحد مال غيره علي زعمه أنه ماله - يضمن » . قال الشارح في تعليل ذلك « لأن الجهل وإن أعفاه من الإثم لا يعفيه من الضمان؛ لأنه حق العبد، فلا يتوقف علي علمه وقصده» [١] .

كذلك فإنه لا يشترط العلم بأن فعله الذي يقوم به يترتب عليه التلف؛ لأن من أتلف مال غيره فهو له ضامن سواء كان عالما بأن فعله هذا يترتب عليه جناية الإتلاف أم لم يعلم ؛ لأن العلم لا يؤثر في الضمان ، إذ

(١)- شرح المجلة لسليم باز رستم (١/٥٠٩). وانظر : بدائع الصنائع (٧/١٦٨).

أساس كون الضمان عليه هو الإتلاف مطلقا ، لا الإتلاف مع العلم بأنه إتلاف؛ وذلك لأن الإتلاف أمر حقيقي ملموس لا يتوقف وجوده علي العلم بكون المتلف مال غيره، أو أن فعله يترتب عليه التلف[1] ، غير أنه إذا وقع الإتلاف مع العلم كان علي المتلف الضمان والإثم، وإذا حدث عن جهل فعليه الضمان فقط، ولا إثم عليه؛ لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا؛ لقوله - ﷺ - : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[2] .

وبهذا نكون قد فرغنا من الحديث عن الجناية بالمباشرة التي يعتبرها الفقه الإسلامي ضررا موجبا للضمان ، وننتقل الآن إلي المطلب الثاني، مطلب الجناية بالتسبب .

المطلب الثاني : الجنايات بالتسبب

عرفنا أن الجنايات التي يجب فيها الضمان جبرا للمضرور إما أن تكون علي سبيل المباشرة، وإما أن تكون علي سبيل التسبب، وقد تحدثنا عن الجنايات بالمباشرة، ونتحدث - هنا - عن الجنايات بالتسبب، وذلك من خلال النقاط التالية :

١- تعريف التسبب :

التسبب هو ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخري إذاكان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة : كحفر البئر في محل عدوانا فتتردي فيها بهيمة ، أو غيرها [3] .

---

(١)- انظر : ضمان المتلفات (ص٢٠٧)، وبدائع الصنائع (١٦٨/٧).

(٢)- أخرجه ابن ماجة في سننه (٦٥٩/١) كتاب الطلاق، باب : «طلاق المكره والناسي» . قال الألباني صحيح . انظر ابن ماجة (٣٤٨/١).

(٣)- انظر : الفروق للقرافي (٢٧/٤).

أو هو إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لكن بعلة أخري إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة (١) .

ولفظة « عنده » في التعريفين ليست للحصر والمقارنة ، وإنما المراد عقيبه ، أو ما أشبه ذلك (٢) .

وعرفت المجلة التسبب بأنه : إحداث أمر في شيء يفضي إلي تلف شيء آخر علي جري العادة، ويقال لفاعله متسبب (٣) .

والذي يلاحظ علي هذه التعريفات أنها تقتضي أن يكون السبب مما شأنه في العادة أن يفضي – غالبا– للإتلاف، بمعني أن يكون الضرر الذي حصل نتيجة عادية منتظرة من ذلك الفعل (التسبب) كما يفيده التعريف الأول ، وتعريف المجلة ، ولهذا احترز الغزالي في تعريفه بقوله : « إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة » – عما إذا كان حدوث المقتضي للتلف مع تقدير ذلك الفعل نادرا، فإنه لا يعد سببا ، وأراد بلفظ « مما يقصد » كون شأنه أن يحصل ويتوقع معه علة التلف بأن يكون وجودها معه كثيرا، لا أن المتسبب يقصد وقوعه ؛ ذلك أن المتسبب قد لا يقصد وقوع التلف مع أنه يضمن قطعا (٤) .

وحد المتسبب هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار (٥) .

ومثال ذلك من قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه علي الأرض، وانكساره ، فيكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة، وكسر

---

(١)– انظر: الوجيز للغزالي (٢٦٠/١)

(٢)– مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٨٨).

(٣)– المصدر السابق .

(٤)– انظر : فتح العزيز شرح الوجيز (٢٤٣/١١)، وضمان المتلفات (ص٣٥٢).

(٥)– انظر : غمز عيون البصائر (٤٦٦/١).

القنديل تسببا، وكذلك إذا شق أحد ظرفا فيه سمن ، وتلف ذلك السمن، يكون قد أتلف الظرف مباشرة والسمن تسببا [١] .

وهكذا فإنه يظهر أن ما يضاف إليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية يسمي علة، والإتيان به مباشرة كما سبق أن ذكر، وما لا يضاف إليه الهلاك ، ولكن يكون من شأنه أن يقصد به ما يضاف إليه الهلاك يسمي سببا ، والإتيان به تسببا [٢] .

والذي يميز المباشرة من التسبب : أن المباشرة تتحقق بأن يتصل فعل الشخص بالشيء ويحدث منه التلف، كما لو ضرب إنسان دابة فقتلها ، والتسبب يتحقق بأن يتصل أثر فعل الإنسان بالشيء لاحقيقة فِعْله ، فيحدث التلف، كما في عملية الحفر والتردي ، فإن أثر الحفر – وهو العمق –هو الذي اتصل بمن تردي فيها فمات ؛ لأن التلف لم يحدث بنفس الفعل وهو الحفر؛ إذ الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في الحفرة[٣] .

٢– أقسام الجناية بالتسبب :

الجناية بالتسبب قد تكون بالفعل ، وهذا هو التسبب الإيجابي ، وقد تكون بعدم الفعل، أو بالتقصير ، وهذا هو التسبب السلبي .

إذا فالتسبب الإيجابي هو أن يفعل الإنسان فعلا ينشأ عنه التلف .

ومن أمثلة ذلك : وضع الحجارة في الطريق العام ، ورش الماء فيه ، والحفر فيه ، وما إلي ذلك من كل فعل يحدث ضررا [٤] ، ومنه فتح الباب

(١)– مجلة الأحكام العدلية مادة (٨٨٨). (٢)– انظر : فتح العزيز (١١/٢٤١).

(٣)– نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي (ص ٢٨) ، طبعة دار الفكر – الطبعة الأولي ١٣٨٩هـ–١٩٧٠م.

(٤)– انظر : تبيين الحقائق للزيلعي (٦/١٤٢، وما بعدها)، وراجع كتاب الديات ، باب : « ما يحدثه =

للدابة، وفتح القفص للطائر وما أشبه ذلك من كل ما يُمكّن المحبوس من الفرار[١] ، ومنه أيضا رجوع الشهود بعد أداء الشهادة والحكم بها [٢] ، فكل هذه جنايات بالتسبب الإيجابي يجب فيها الضمان ؛ جبرا للمضرور.

أما التسبب السلبي فهو الامتناع عن الفعل، والتقصير والإهمال.

ومن أمثلة التسبب بعدم الفعل عدم إنقاذ مالٍ لغيره معرض للتلف[٣]

ومن أمثلة التسبب بالتقصير : ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بإذن ولي الأمر، ولكنه أهمل بعض القيود، فلم يضع مثلا حواجز حول الحفرة فوقع فيها حيوان فتلف[٤] .

هذا وتوضح مسئوليات التسبب السلبي القاعدة العامة «إذا قصر الإنسان في القيام بما يجب عليه بالشرع ، أو بالعقد، فتلفت نفس ، أو مال ، وجب عليه ضمان ما تلف» .... وقد قرر الفقهاء هذا الأصل في فروع كثيرة نجدها في الوديعة ، والإجارة بعد انتهاء العقد، والإعارة بعد انتهاء المدة، ونجدها – أيضا – في باب الأنفس والحقوق العامة [٥] .

=الرجل في الطريق» في كتب الفقه الحنفي، وانظر : مغني المحتاج (٨٧/٤، وما بعدها)، وراجع كتاب الديات ، باب: «موجبات الدية، والعاقلة ، والكفارة» من كتب الفقه الشافعي، وانظر : المغني لابن قدامة (٤٢٣/٨، وما بعدها). ط : القاهرة ، وراجع كتاب الديات من كتب الفقه الحنبلي .

(١)– انظر : الفروق للقرافي (٢٧/٤)، وبداية المجتهد (٣٤٨/٢)، والقوانين (ص ٢٨٤)، والمغني (٢٢٦/٥) . ط : القاهرة، وبدائع الصنائع (١٦٦/٧)، والروضة للنووي (٥/٥).

(٢)– انظر: بدائع الصنائع(٢٨٣/٦)، ومجلة الأحكام العدلية مادة (١٧٢٩)، والشرح الكبير للدردير (٢٠٧/٤)، ومنار السبيل (٥٠٠/٢)، ومغني المحتاج (٤٥٩/٤).

(٣)– انظر: البهجة شرح التحفة للتسولي (٣٦/١). ومن أبرز أمثلة التسبب بعدم الفعل : مانع الطعام للمضطر ، إن مات المضطر بذلك المنع ضمنه . انظر : المغني (٤٣١/٨) ، وسيأتي تفصيل القول في ذلك .

(٤)– انظر: المهذب (٢٤٦/٢)، والمغني (٤٣١/٨) .

(٥)– المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية للشيخ محمود شلتوت (ص ٢٢، وما بعدها). مطبعة الأزهر.

٣- ضوابط اعتبار الجناية بالتسبب ضررا موجبا للضمان :

يري الفقهاء أن هناك ضوابط ثلاثة لاعتبار الجناية بالتسبب ضررا موجبا للضمان [١] .

أ- أن يقع الفعل الذي أدي إلي التلف علي وجه التعدي[٢] ، وذلك كأن يحفر أحد بئرا في غير ملكه، وبلا إذن صاحب الملك ، فيقع فيها حيوان فيتلف، فإنه يضمن لتعديه في الحفر الذي أدي إلي تلف الحيوان .

وهذا بخلاف ما لو كان الحفر في ملكه ، أوبإذن صاحب الملك ، فإنه لا يضمن لعدم التعدي [٣] .

وبهذا قالت المجلة، فقد جاء في المادة (٩٢٤) أنه « يشترط التعدي ليكون التسبب موجبا للضمان . .، يعني : أن ضمان المتسبب للضرر مشروط بعمله بغير حق فعلا مفضيا إلي ذلك الضرر. مثلا لو حفر واحد في الطريق العام بئرا بلا إذن أولي الأمر ووقعت فيه دابةٌ لآخر ، تلفت فإنه يضمن، وأما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت فلا يضمن » .

ويرجع اشتراط التعدي في التسبب دون المباشرة؛ لضعف التسبب فيحتاج لنسبة الضرر إليه أن يكون الفعل قد حصل تعديا [٤] ، وهذا

---

(١)- انظر : المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية (ص ٢١).

(٢)- سيأتي في فصل ضوابط الضرر من هذا البحث أن مصطلح التعدي في الفقه الإسلامي له ثلاثة معانٍ ، وأن الفقهاء يعتمدون هذه المعاني لاعتبار الإخلال بالمصلحة علي وجه التسبب ضررا موجبا للضمان.

(٣) مجمع الضمانات (١٦٥) ، والفروق (٢٧/٤)، والخرشي (١٣٢/٦)، والشرح الكبير (٤٤٤/٣)، والوجيز للغزالي (٢٠٦/١) والمغني لابن قدامة (٤٢٤/٨). ط: القاهرة.

(٤)- انظر : ضمان المتلفات (ص ٢٣٠)

بخلاف المباشرة، فإنه لقوتها لا يشترط التعدي (بمعني العمل المحظور في ذاته شرعا) [1] لاعتبارها ضررا موجبا للضمان .

ب- تحقق السببية بين الفعل والضرر بأن يؤدي الفعل إلي الضرر غالبا علي جري العادة، فإذا حفر شخص قناة صغيرة لا يموت ما يقع فيها عادة، فوقع فيها حيوان ومات ، فلا ضمان؛ لأن حدوث التلف بالفعل إذاكان نادرا، أو وقع مصادفة فإنه لا يعد سببا [2] .

جـ- أن لا يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبي من الفاعل ، فإذا تخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر نسب الفعل إلي المباشر (أي يخرج الفعل من دائرة الضرر بالتسبب إلي دائرة الضرر بالمباشرة) ، فلو حفر إنسان بئرا في محل عدوانا، فجاء آخر فردي فيها حيوانا ومات ، فالضمان علي المردي دون الحافر ، تقديما للمباشر علي المتسبب [3] .

وبهذا قالت المجلة، فقد جاء في المادة (٩٢٥) : أنه « لو فعل واحد فعلا يكون سببا لتلف شيء فحل في ذلك الشيء فعل اختياري : كأن جاء آخر فأتلفه مباشرة، فالضمان علي ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختياري » .

ويتصل بهذا الضابط قاعدة : « إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلي المباشر » ، وقد استثني الفقهاء منها بعض المستثنيات ، وسنبين ذلك عند حديثنا عن الجزاء التعويضي للضرر (الضمان) .

---

(١)- سيأتي في فصل ضوابط الضرر أن التعدي بمعني «مجاوزة الإنسان حقه إلي ملك غيره المعصوم» يشترط لاعتبار الضرر بالمباشرة ضررا موجبا للضمان .

(٢)- القواعد الفقهية للبحنوردي (٣٨/٢)، المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية (ص٢١). وسيأتي مزيد تفصيل من ذلك في فصل جزاء الضرر، مبحث: الجزاء التعويضي (الضمان). وقد سبق نص الفقهاء علي هذا عند تعريفهم للمتسبب .

(٣)- انظر : الفروق (٢٧/٤)، والخرشي (١٣٢/٦) ، والوجيز (٢٠٦/١) ، والمغني لابن قدامة (٤٢٣/٨). ط : القاهرة.

تلك هي جملة الضوابط التي قررها الفقه الإسلامي لاعتبار الجناية بالتسبب ضررا موجبا للضمان ، والبحث ينتقل بعد ذلك إلي حيث هذا المطلب الثالث : فروع تطبيقية لأنواع الضرر في باب الجنايات .

المطلب الثالث : فروع تطبيقية لأنواع الضرر في باب الجنايات :

يعرض البحث - فيما يلي - لعدد من الفروع التطبيقية من هذا الباب : باب الجنايات مبينا أن الفقه الإسلامي ينظر إلي ذلك علي أنه ضرر معتبر يوجب الضمان .

الفرع الأول: جناية الطبيب وما يكون منها ضررا موجبا للضمان ، وما لا يكون :

تنقسم جناية الطبيب في الفقه الإسلامي إلي خمسة أقسام، **أحدها:** أن يتولد تلف العضو، أو النفس، أو ذهاب صفة عن فعل طبيب حاذق- أعطي الصنعة حقها ولم تجن يده - مأذون له من جهة الشرع ومن جهة من يطبه ، فهذا لا ضمان عليه اتفاقا؛ لأنها سِراية مأذون فيه [(١)] .

وهذا كما إذا ختن الصبي في وقت وسنه قابل للختان ، وأعطي الصّنعة حقها ، فتلف العضو، أو الصبي - لم يضمن .

---

(١)- وهكذا سراية كل مأذون فيه، لم يتعد الفاعل في سببها :كسراية الحد بالاتفاق، وسراية القصاص عند الجمهور خلافا لأبي حنيفة - رحمه الله - في إيجابه للضمان بها ، وسراية التعزير ، وضرب الرجل امرأته، والمعلم الصبي، والمستأجر الدابة خلافا لأبي حنيفة والشافعي - رحمهما الله - في إيجابهما الضمان في ذلك ، واستثني الشافعي- رحمه الله - ضرب الدابة. قال ابن القيم : وقاعدة الباب إجماعا ونزاعا : أن سراية الجناية مضمونة بالاتفاق، وسراية الواجب مهدرة بالاتفاق، وما بينهما ففيه النزاع ، فأبو حنيفة - رحمه الله - أوجب ضمانه مطلقا، وأحمد، ومالك - رحمهما الله - أهدرا ضمانه ، وفرق الشافعي - رحمه الله- بين المقدر فأهدر ضمانه، وبين غير المقدر فأوجب ضمانه ، فأبو حنيفة نظر إلي أن الفعل إنما وقع مشروطا بالسلامة، وأحمد=

وكذلك إذا بط من عاقل ، أو غيره ما ينبغي بطه في وقته علي الوجه الذي ينبغي فتلف به – لم يضمن [١] .

وهذا معناه : أن الفقه الإسلامي ينظر إلي هذا القسم علي أنه ليس إضرارا معتبرا يجب به الضمان بناء علي هذا القاعدة « أنَّ من فعل فعلا يجوز له من طبيب، وصانع ، وشبههما علي وجه الصواب وتولد منه هلاك نفس، أو ضياع مال فلا شيء عليه » [٢] .

القسم الثاني :

أن يتولد تلف العضو ، أو النفس، أو ذهاب صفة عن فعل طبيب جاهل، باشرت يده من يطبه فتلف به ، فإنه يلزم هذا الطبيب الضمان[٣] .

والأصل في هذا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله– ﷺ – : « من تطبب ولم يعلم منه طب، فهو ضامن »[٤] .

=ومالك – رحمهما الله – نظرا إلي أن الإذن أسقط الضمان، والشافعي – رحمه الله – نظر إلي أن المقدر لا يمكن النقصان منه فهو بمنزلة النص، وأما غير المقدر كالتعزيرات والتأديبات فاجتهادية، فإذا تلف بها ضمن ؛ لأنه في مظنة العدوان . زاد المعاد (١٠٩/٣) المطبعة المصرية .

وانظر : مجمع الضمانات (١٦٦، ١٦٧) ، والخرشي (١١٠/٨)، والروضة للنووي (١٧٧/١٠)، ومغني المحتاج (١٩٩/٤)، والمغني (١٧٩/٩) . ط: القاهرة .

(١)– انظر: مجمع الضمانات (٤٧)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢٤٣/٢)، والعقد المنظم للحكام (٨٠/٢) ، والروضة (١٨٥/١٠) ، ومغني المحتاج (٢٠١/٤) ، والمغني لابن قدامة (٣٩٨/٥) . ط : القاهرة .

(٢)– العقد المنظم للحكام (٨٠/٢).

(٣)– انظر: مجمع الضمانات (ص٤٨)، والخرشي (١١٠/٨، ١١١)، والمواق(٣٢١/٦)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤)، والمغني لابن قدامة (٣٩٨/٥). ط: القاهرة، ومغني المحتاج (٢٠٢/٤) ، ونهاية المحتاج (٨/ ٣٤) .

(٤)– أخرجه أبو داود في كتاب الديات ، باب : « فيمن تطبب بغير علم». مختصر السنن مع المعالم (٣٧٨/٦). قال المنذري : وأخرجه النسائي مسندا ، ومنقطعا ، وأخرجه ابن ماجة، وقال أبو داود : وهذا لم يروه إلا الوليد – يعني ابن مسلم – لا يدري هو صحيح ، أم لا ؟ .

فهذا الحديث استدل به علي وجوب الضمان علي الطبيب الجاهل ، فإذا تعاطي علم الطب وعمله ولم يتقدم له به معرفة ، فقد هجم بجهله علي إتلاف الأنفس، وأقدم بالتهور علي مالم يعلمه ، فيكون قد غرر بالعليل ، فيلزمه الضمان لذلك ، وهذا إجماع من أهل العلم[1] ، قال الخطابي لا أعلم خلافا في المعالج إذا تعدي فتلف المريض ، كان ضامنا ، والمتعاطي علما ، أو عملا لا يعرفه : متعد ، فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية ، وسقط عنه القود؛ لانه لا يستبد بذلك دون إذن المريض، وجناية الطبيب في قول عامة الفقهاء: علي عاقلته [2] .

فإن علم المريض بجهل الطبيب وأذن له في طبه ، لم يحكم علي الطبيب بالضمان، ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث، فإن السياق وقوة الكلام تدل علي أنه غر العليل، وأوهمه أنه طبيب وليس كذلك .

وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له في طبه لاجل معرفته ضمن الطبيب ما جنت يده ، وكذلك إن وصف له دواء يستعمله، والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته، وحذقه فتلف به، ضمنه، والحديث ظاهر فيه، أو صريح.

وهذا يدل علي أن جنايات هذا القسم ينظر إليها الفقه الإسْلامي علي أنها ضرر معتبر يجب به الضمان، وذلك باستثناء تلك الصورة : أن يعلم المريض بجهل الطبيب ويأذن له في طبه .

القسم الثالث:

أن يتولد تلف العضو ، أو النفس ، أو ذهاب صفة عن فعل طبيب

---

(١)- زاد المعاد لابن القيم (١٠٩/٣). وانظر : بداية المجتهد(٤٥١/٢) ، ومغني المحتاج (٢٠٢/٤) .

(٢)- معالم السنن للخطابي (٣٧٨/٦، ٣٧٩) .

حاذق، أذن له، وأعطى الصنعة حقها ، لكنه أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفته : كأن تسبق يد الخاتن إلى الكمرة، فهذا يضمن ؛ لأنها جناية خطأ [١] ، ثم إن كانت الثلث فما زاد فهى على عاقلته ، فإن لم تكن عاقلة، فهل تكون الدية فى ماله، أو فى بيت المال؟ على قولين ، هما روايتان عن أحمد[٢] ، وقيل : إن كان الطبيب ذميا ففى ماله، وإن كان مسلما ففيه الروايتان ، فإن لم يكن بيت مال ، أو تعذر تحميله ، فهل تسقط الدية ، أو تجب فى مال الجاني؟ فيه وجهان ، أشهرهما : سقوطها [٣] .

وهذا يدلنا على اعتبار الفقه الإسلامى جنايات هذا القسم ضررا موجبا للضمان على أن الطبيب حاذق ومأذون له ؛ ذلك لأنه تجاوز حدود هذا الإذن بأن أخطأت يده وتعدت إلى مالم يؤذن له فيه .

القسم الرابع :

أن يتولد تلف النفس عن فعل الطبيب الحاذق الماهر بصناعته – الذى اجتهد فوصف للمريض دواء فأخطأ فى اجتهاده ، فهذا يخرج على روايتين، إحداهما : أن دية المريض فى بيت المال ، والثانية : أنها على عاقلة الطبيب، وقد نص عليهما أحمد فى خطأ الإمام والحاكم [٤] .

---

(١)- انظر: زاد المعاد لابن القيم (٣/ ١٠٩)، ومجمع الضمانات (ص ٤٧، ٤٨)، والخرشي (٨/ ١١١) ، والشرح الكبير (٤/ ٣٥٥)، والمغني لابن قدامة (٥/ ٣٩٨)، ومغني المحتاج (٤/ ٢٠٢) .

(٢)- انظر : زاد المعاد لابن القيم (٣/ ١٠٩).

(٣)- السابق .

(٤)- انظر : زاد المعاد (٣/ ١٠٩)، وانظر : حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (٤/ ٣٥٥). وعند المالكية قولان في الضمان ، قيل الضمان عليه لا علي عاقلته. وقيل: إن الضمان علي العاقلة. وانظر المغني لابن قدامة (٨/ ٣٨٧، ٣٨٨). ط: القاهرة.

وهذا معناه : أن جناية هذا القسم ينظر إليها علي أنها ضرر موجب للضمان من قبل الفقهاء علي أن الطبيب حاذق ماهر بالصنعة؛ وذلك لتحقق الخطأ منه .

القسم الخامس :

أن يتولد التلف عن فعل طبيب حاذق أعطي الصنعة حقها، لكنه لم يؤذن له من المريض أو وليه ، وذلك كأن يقطع الطبيب الحاذق سلعة(١) . من رجل ، أو صبي، أومجنون بغير إذنه، أو إذن وليه، أو أن يختن صبيا بغير إذن وليه، فيتلف، فإنه يضمن . قال ابن القيم : «قال أصحابنا يضمن لأنه - يعني التلف- تولد من فعل غير مأذون فيه ، وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي ، والمجنون لم يضمن ، ويحتمل أن لا يضمن مطلقا، لأنه محسن وما علي المحسنين من سبيل، وأيضا فإنه إن كان متعديا فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان، وإن لم يكن متعديا فلا وجه لضمانه، فإن قلت: هو متعد عند عدم الإذن، غير متعد عند الإذن، قلت العدوان وعدمه إنما يرجع إلي فعله هو ، فلا أثر للإذن وعدمه فيه، وهذا موضع نظر»(٢) .

ويظهر بهذا أن جنايات هذا القسم محل للنظر ، فمن رأي من الفقهاء أن مباشرة التطبيب من غير أن يأذن المريض أو وليه - نوع من التعدي ، فإنه ينظر إلي ما تولد عن هذا التطبيب من الجنايات - الإتلافات - علي أنه ضرر معتبر يوجب الضمان .

---

(١)- والسلعة : غدة بين اللحم والجلد، تظهر في البدن كالجوزة ، وتكون في الرأس والبدن، وهي بكسر السين، والسلعة بالفتح : الشجة . انظر : المغني (٩/ ١٨٠).

(٢)- انظر : زاد المعاد (٣/ ١٠٩، ١١٠).

ومن رأي منهم أن مباشرة هذا التطبيب ليست تعديا؛ لأن المباشر طبيب حاذق أعطي الصنعة حقها ، وقطع ماحقه القطع ، بل هو محسن ، فإنه ينظر إلي ما تولد عن هذا من الجنايات علي أنه ليس ضررا معتبرا يوجب الضمان، انطلاقا من قوله - تعالي - : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[1] .

وقد سبق أن علل ابن القيم ذلك بأن العدوان وعدمه إنما يرجع إلي فعل الطبيب (والطبيب قد أحسن) فلا أثر للإذن وعدمه فيه (أي : في ثبوت العدوان) .

لكن الذي يبدو أنه المتوجه - هنا - هو النظر الأول ، وهو ما عليه الجمهور (الحنفية ، والمالكية، والشافعية، والراجح عند الحنابلة)[2] ، وعلي وجه الخصوص فيما لو كان محل الإذن المريض نفسه؛ لأنه صاحب الحق في أن يصبر علي المرض، أو أن يأذن للطبيب في مباشرة علاجه، فيكون أمر تطبيبه بغير إذنه اعتداء علي حقه هذا .

وقد يخالف في هذا أن يكون محل الإذن ولي المريض : كما في ولي الصبي، والمجنون ؛ لتصور أن يكون للولي مصلحة ما في عدم الإذن بالتطبيب ، لكن يمكن ضبط ذلك بأن يكون التطبيب مؤديا إلي شفاء المريض أو التخفيف عنه علي وجه أقرب إلي التحقيق، فإنه إذا باشر الطبيب العلاج في هذه الحال - من غير إذن الولي - مباشرة الحاذق الذي يعطي الصنعة حقها، فحصل التلف، فإنه لا يضمن لعدم التعدي .

---

(١)- آية (٩١) سورة «التوبة».

(٢)- انظر : مجمع الضمانات (ص ٤٧، ٤٨) ، والخرشي (١١١/٨)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤)، والروضة للنووي (١٨٥/١٠٠)، والمغني لابن قدامة (٣٩٨/٥). ط : القاهرة.

تلك هي الأقسام الخمسة التي تنقسم إليها جناية الطبيب ، وما يكون منها ضررا معتبرا موجبا للضمان في النظر الفقهي، وما ليس كذلك، وذلك وفق ما أشير إليه من الضوابط .

وتجدر الإشارة – هنا – إلي أن المقصود بالطبيب الذي تضاف إليه الجناية في كتابات الفقهاء – هو : من يطب بوصفه وقوله ، وهو الذي يخص باسم الطبائعي ، وبمروده، وهو : الكحال، وبمبضعه ومراهمه ، وهو: الجرائحي ، وبموساه ، وهو الخاتن، وبريشته ، وهو : الفاصد، وبمحاجمه ومشرطه، وهو : الحجام، وبخلعه ووصله ورباطه، وهو : المجبر ، وبمكواته وناره ، وهو : الكواء ، وبقربته ، وهو : الحاقن، وسواء كان طبه لحيوان بهيم ، أو إنسان ، فاسم الطبيب يطلق لغة علي هؤلاء كلهم[1] ، وعلي من في معناهم .

وهكذا فإننا نجد أن لفظة « الطبيب » تتسع في الفقه الإسلامي لتشمل كل أنواع الأطباء علي اختلاف تخصصاتهم بما يعني – بالتبع– – قدرة هذه الفقه علي ملاحقة المضار التي يمكن وقوعها نتيجة مباشرة هذه المهنة، وذلك علي النحو الذي يؤدي إلي جبر المضرور عن طريق الضمان (التعويض المالي المناسب للتلف الحادث) .

والبحث ينتقل بعد هذا إلي فرع آخر .

الفرع الثانى : جناية الحيوان :

ابتداء فإن الفقهاء يقررون أنَّ أساسَ المسئولية في جناية الحيوان

---

(١)– انظر : زاد المعاد (١١٠/٣) .

الإنسانُ (١) ، ذلك أن الأصل فى المسئولية أن توجَّه إلى الإنسان إذا حصل منه ضرر لغيره؛ لأن له ذمة يملك بها الحقوق، ويتحمل الواجبات ، سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه ، ولكن إذا صدر الفعل ممن لا ذمة له كالحيوان، فإنه لا توجَّه إليه المسئولية؛ لأنه ليس أهلا لأن يملك مالاحتى يجب فيه ما يرتفع به الضرر ، وهو الضمان، وهذا محل اتفاق بالنسبة للحيوان الذى ليس مملوكا لأحد .

وهذا معناه: أن المقصود – هنا –بالحيوان الذى تضاف إليه الجناية هو الحيوان المملوك للإنسان، فإن صاحبه يستخدمه فى مصالحه من ركوب، وحمل ، ويتخذه وسيلة لقضاء حاجاته ، ويتصرف فيه بالحبس ، والإطلاق، والتوجيه، ولهذا فهو يدفعه إلى اتخاذ مواقف وتحركات لها أثرها فى أماكن وجوده ، وقد يترتب عليها ضرر يلحق غيره، وعليه فإنه تقع مسئولية هذا الضرر على صاحب الحيوان لتسببه فيه، ولما كان التسبب يشترط فيه التعدى فإنه ينظر إلى جناية الحيوان التى تكون ناتجة عن تعد وتقصير وإهمال على أنها ضرر معتبر موجب للضمان، وتوجه المسئولية إلى صاحبه؛ لأن الضرر حصل بتعديه، والمتعدى يلزمه الضمان ، فإن لم يثبت ذلك فلا مسئولية ، كما تنتفى المسئولية أيضا إذا لم يكن له مالك(٢) .

هذا ويختلف نظر الفقهاء بخصوص بعض جنايات الحيوان المملوك هل هى من الضرر المعتبر الموجب للضمان فتوجه المسئولية إلى صاحبه، أو

---

(١)- صرح الفقهاء بأنه ليس يقصد بالإنسان – هنا – مجرد المالك ، بل هو كل شخص تسبب بالحيوان في إحداث الضرر، سواء أكان المالك أم غيره، بل إن المالك نفسه لا يسأل عن جناية الحيوان لا بصفته مالكا ، ولكن بصفته راكبا، أو سائقا، أو قائدا، أو واضعا يده عليه بصورة أخري ، أو مقصرا في حفظه حيث يجب عليه الحفظ. انظر: نهاية المحتاج للرملي (٨/ ٣٥) ، ومنار السبيل (١/ ٢٤٠) ، ومنتهى الإرادات (١/ ٥٢٤)،وضمان المتلفات للدكتور سليمان محمد أحمد (ص٣٩٧) .

(٢)- انظر : تكملة البحر الرائق (٨/ ٨١٢).

أنها ليست كذلك فلا يضمن ما تولد عنها ؟

والبحث يشير إلي ذلك من خلال هذه المسالة المشهورة في كتب الفقه [1] .

مسألة إتلاف المواشي والدواب المزارع والبساتين :

ذهب جمهور الفقهاء (المالكية [2] ، والشافعيه [3] ، والحنابلة[4] ، والزيدية [5] والإمامية)[6] إلي أنه يكون ضررا معتبرا موجبا للضمان ما جنته (أتلفته) البهائم ليلا في المزارع والبساتين إذا أرسلت للرعي ، أو انفلتت بتقصير من مالكها : بأن لم يربطها ربطا محكما ، أو لم يقفل عليها بما يمنعها .

---

(١)- ومثل هذه المسالة مسألة جناية الحيوان في غير المزارع والبساتين وما يكون منها ضررا معتبرا موجبا للضمان وما لا يكون .
وقد تحدث الفقهاء عن ذلك تفصيلا في كتبهم بما لا يتسع المجال هنا لذكره، وذلك من خلال هذه الأقسام :
جناية الدابة التي تسير علي الطريق فيما لو كانت مركوبة، وفيما لو كان لها سائق، أو كان يقودها قائد.
جناية الدابة الواقفة بالطريق.
جناية الحيوانات الخطرة : كالكلب العقور، والفرس الكلوم، والجمل العضوض، والثور والكبش النطوح .
راجع:كتاب «الديات» في الفقه الحنفي، وكتاب الحدود في الفقه المالكي باب : «حد الشرب وأشياء توجب الضمان ودفع الصائل» ، وكتاب الصيال وضمان ما تتلفه الولاة في الفقه الشافعي ، باب : «في ضمان ما تتلفه البهائم» ، وكتاب التعزير في الفقه الحنبلي ، باب : « في ضمان ما تتلفه البهائم» من المغني لابن قدامة، هذا إلي جوار كتاب الغصب .

(٢)- انظر : الشرح الكبير (٤/٣٥٧، ٣٥٨)، والخرشي (٨/١١٢) .

(٣)- انظر : مغني المحتاج (٤/٢٠٦)، والوجيز (٢/١٨٦) .

(٤)- انظر : متن الخرقي مع المغني (٩/ ١٨٧)، والمغني لابن قدامة (٩/١٨٨) . ط : القاهرة .

(٥)- انظر : البحر الزخار (٦/٢٦٩) .

(٦)- انظر : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (٢/٤٤٩، ٢٥٠): لزين الدين الجبعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني المتوفي سنة (٩٦٥)هـ - مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٢٧٨هـ.

أما إن أحكم صاحبها ربطها ، وأغلق الباب واحتاط حسب العادة فخرجت ليلا بأن حلها أحد، أو فتح لص الباب ، أو اتفق انفلاتها - فلا ينظر إلي ما تأتيه من الجنايات علي أنه ضرر معتبر يوجب الضمان ؛ لعدم التقصير .

ومثل هذا يكون عند الشافعية والزيدية فيما إذا كان باب البستان مفتوحا بالليل ؛ لأن التفريط بفتح الباب من صاحب البستان بخلاف الزرع الذي بلا حائط [١] .

وأما جنايتها بالنهار فليس ينظر إليها علي أنها ضرر معتبر يوجب الضمان .

وهنا فإن المالكية يشترطون لذلك شرطين :

١- أن تكون البهائم قد سرحت بعيدا عن المزارع جدا بحيث يغلب علي الظن عدم وصولها إليها ، فإن اتفق أنها وصلت فلا ينظر إلي ذلك علي أنه ضرر موجب للضمان، أما إذا سرحت قرب المزارع فإنه يكون ما تأتيه من الجناية علي هذه المزارع ضررا معتبرا موجبا للضمان .

٢- أن لايكون معها راع يقدر علي حفظها ، أما إذا كان معها راع فيه قدرة علي حفظها فإنه تكون جنايتها ضررا معتبراً موجبا للضمان (علي هذا الراعي)، إلا أن يشذ منها شيء بغير تفريط فلا تكون جنايته ضررا موجبا للضمان ، فإن لم يكن في الراعي قدرة علي حفظها كانت جنايتها ضررا معتبراً موجبا للضمان علي المالك [٢] .

---

(١)- انظر : الوجيز (١٨٦/٢)، والبحر الزخار (٢٦٩/٦، ٢٧٠).

(٢)- انظر : الشرح الكبير (٣٥٨/٤)، والخرشي (١١٢/٨، ١١٣).

هذا ويحتج الجمهور لمذهبهم بما روي ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة : أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه ، فقضي رسول الله - ﷺ - : «أن حفظ الحوائط بالنهار علي أهلها ، وأن حفظ الماشية بالليل علي أهلها ، وأن علي أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل» (١) .

فالحديث يدل علي أنه بالنهار يمكن التحفظ من الماشية دون الليل، فإن أتلفت بالنهار فالتقصير من صاحب الحائط والزرع في حفظ زرعه ، فلا يكون هذا الإتلاف في النظر الفقهي ضرراً موجبا للضمان .

وإن أتلفت بالليل فالتقصير من صاحب الماشية، فيكون هذا الإتلاف في النظر الفقهي ضررا موجبا للضمان.

ولا يخالف هذا الحديث حديث : «العجماء جرحها جبار» (٢) ؛ لأن هذا عموم متفق عليه سندا ومتنا ، وحديث ناقة البراء خاص ، والعام ينبني علي الخاص ويرد إليه فيكون المصير في هذا إلي حديث البراء (٣) .

وفي هذا يقول الشافعي : «(العجماء جرحها جبار) جملة من الكلام العام المخرج الذي يراد به الخاص، فلما قال - ﷺ - : «العجماء جرحها جبار» ، وقضي رسول الله - ﷺ - فيما أفسدت العجماء بشيء

---

(١)- أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب : « المواشي تفسد زرع قوم ». مختصر السنن مع المعالم (٢٠٣/٥).

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٧٨١/٢) كتاب الأحكام ، باب : « الحكم فيما أفسدت المواشي» . وأخرجه الشافعي في مختلف الحديث (٤٠٠/٧) بهامش الأم . قال الشافعي : «فأخذنا به لثبوته باتصاله ومعرفة رجاله» .

(٢)- أخرجه البخاري في صحيحه : البخاري مع الفتح (٢٦٧/١٢)كتاب الديات ، ، باب : «العجماء جبار»، ولفظ البخاري : «العجماء عقلها جبار» . وأخرجه مسلم في صحيحه . مسلم بشرح النووي (٢٩٨/٤٠) كتاب الحدود ، باب : «جرح العجماء والمعدن والبئر هدر» .

(٣)- انظر : معالم السنن للخطابي (٢٠٢/٥).

في حال دون حال، دل ذلك علي أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره في حال جبار ، وفي حال غير جبار . . .، وفي هذا دليل علي أنه إذا كان علي أهل العجماء حفظها ضمنوا ما أصابت ، فإذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا» (١) .

والحكمة في تفريق الشارع بين الليل والنهار في اعتبار جناية الحيوان ضررا موجباً للضمان : أن أصحاب المواشي لهم ضرورة إلي إرسال مواشيهم ترعي بالنهار، ويشق عليهم حفظها ؛ ولأن الأغلب – حسب العادة – أن من عنده زرع يتعاهده بالنهار بالإصلاح والحفظ، فجعل الشارع حفظ ذلك بالنهار علي أصحاب الزرع؛ لأنه وقت التصرف والسعي في المعاش. .، فإذا آذنت الشمس بالمغيب وأقبل الليل وأرخي سدوله فقد جاء الوقت الذي يعود فيه الناس إلي ديارهم، ويرجع أصحاب المزارع إلي منازلهم وسكنهم ، ويشق عليهم حفظ المزارع والثمار بالليل ؛ لأنه وقت الراحة والسكون . . .، ويرد فيه أصحاب المواشي ماشيتهم إلي ديارهم ومواضعهم ليحفظوها ؛ لأنه ليس وقت رعي للماشية في غالب الأحوال، فإذا فرط أصحاب البهائم في ردها إلي المساكن ، أو قصروا في ضبطها وحبسها عن الانتشار بالليل حتي أتلفت شيئا فإنه ينظر إلي ذلك علي أنه ضرر معتبر موجب للضمان، وبهذا يجري الحكم علي الأوفق والأسمح للطرفين بمقتضي الحنفية السمحة، وذلك هو الأرفق بالفريقين، والأسهل علي الطائفتين ، والأحفظ للمالين (٢) .

---

(١)– انظر : اختلاف الحديث للشافعي بهامش الأم (٧/٤٠١، ٤٠٢).

(٢)– انظر : تفسير القرطبي (٥/٤٣٥٥، ٤٣٥٦).

ويقال - أيضا - في بيان الحكمة المقتضية لهذا التفريق : إن المواشي إذا أتلفت المزارع والحيطان كان الجور والعذر مع كل واحد من الفريقين ، فصاحب الماشية يحتج بأنه لا بد أن يسرح ما شيته في المراعي وإلا هلكت جوعا، ويشق عليه اتباع كل بهيمة وحفظها ، ولم يكن له اختيار فيما أفسدته، وأن صاحب الزرع أو الحائط هو الذي عرضه للإتلاف بتقصيره في حفظه وتركه بلا حارس.

وصاحب الحائط يحتج بأن المزارع والحيطان لا تكون غالبا إلا خارج البلد، فحفظها وحراستها والإقامة عليها يفسد حاله ويشق عليه ، وأن صاحب الماشية هو الذي سرحها في المزارع أو قصر في حفظها .

فلما دار الأمر بينهما ، وكان لكل واحد من الطرفين جور وعذر ، كان من الحكمة أن يرجع إلي العادة المألوفة المتعارفة بين الناس، ويبني الجور علي مخالفتها والخروج عنها ، والمعتاد بين الناس أن يوجد بالنهار في الزرع أو الحائط صاحبه يعمل فيه ويصلحه ويحفظه، وبالليل يتركه ويبيت في منزله بالمدن والقري، وأهل الماشية يسرحون ماشيتهم بالنهار للرعي، ويجمعونها بالليل في بيوتهم فاعتبر الجور مجاوزة العادة المتعارفة بينهم (١) .

ولهذا قال الشافعية والزيدية : إنه لو جرت عادة بلد بعكس ذلك بأن صارت عادتهم إرسال المواشي ليلا وحبسها نهارا انعكس الحكم ، أو بحفظها ليلا ونهارا ضمن فيهما ؛ لأن المدار علي العادة (٢) .

---

(١)- حجة الله البالغة للدهلوي (٢/١٥٧). ط : دار التراث - القاهرة.

(٢) مغني المحتاج (٤/٢٠٦)، والبحر الزخار (٦/٢٦٩).

هذا هو مذهب الجمهور في النظر إلي جناية البهائم علي المزارع والبساتين ، ويخالف الحنفية [1] ، والظاهرية في هذا [2] ؛ إذ إنهم ينظرون إلي جناية البهائم علي المزارع مطلقا - ليلا أو نهارا - علي أنها ليست ضررا معتبرا يوجب الضمان مالم يرسلها صاحبها في الزرع.

قال الجصاص «وأصحابنا لا يرون في ذلك ضمانا لا ليلا ، ولا نهارا ما لم يكن صاحب الغنم هو الذي أرسلها فيها »[3] .

ويحتجون لمذهبهم هذا بالحديث الذي سبق الجواب عنه « العجماء جرحها جبار» ، لكن تجدر الإشارة - هنا - إلي أن ابن حزم يري أن جناية الماشية علي الزرع وإن لم تعتبر ضررا موجبا للضمان - تقتضي أن يعزر صاحبها بالسوط، ويسجن ، ويؤمر بضبطها ، فإن لم يضبطها وعاد إلي إعمالها بيعت عليه، أو ذبحت وبيع لحمها، اي ذلك كان أعود عليه نفذ عليه ؛ لأن ذلك تعد [4].

وهناك مذهبان آخران بهذا الخصوص، مذهب الليث بن سعد ، ومذهب عمر بن الخطاب - -رضي الله تعالي عنه - .

أمامذهب الليث بن سعد فجملته : أن جناية كل دابة مرسلة - كانت بالليل أو بالنهار - ضرر معتبر موجب للضمان، لكن قال الليث : لا يضمن أكثر من قيمه الماشية، وتسقط الزيادة عليها [5] .

---

(١)- انظر : الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/٦٤٨).

(٢)- انظر : المحلي لابن حزم (١١/٤، ٥، ٦) .

(٣)- أحكام القرآن للجصاص (٥/٥٣) .

(٤)- المحلي (١١/٦)، (٨/١٤٦، ١٤٧).

(٥)- الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي (٥/٤٣٥٥).

وحجة هذا المذهب : أن إرسال الدابة تعد من المرسل ، والأصول تقضي أن المتسبب إذا تعدي اعتبر تسببه ضررا موجبا للضمان (١) .

ويرد علي هذا بأن محل كونه تعديا من المرسل إذا لم يتسبب صاحب الزرع في الإتلاف، وإلا فالتعدي من صاحب الزرع إذا ترك حفظه بالنهار - لا من المرسل - لأنه بتركه الحفظ بالنهار قد تسبب في إتلافه، فلا ضمان علي صاحب الماشية .

ويزيد علي ذلك : أن ما ذهب إليه الليث من هذا المذهب فيه إهدار للدليل العام والخاص؛ لأنه مخالف لحديث « العجماء جرحها جبار » ، ومخالف لحديث ناقة البراء (٢) .

وأما مذهب عمر - رضي الله تعالي عنه - فهو : أن جناية البهيمة غير المنفلتة تكون ضررا معتبرا موجبا للضمان، وأن جناية المنفلتة ليست كذلك (٣) .

وحجة ذلك : أن البهيمة غير المنفلته يمكن حفظها ، فتكون جنايتها نتيجة التقصير في الحفظ، وهذا التقصير تعد موجب للضمان، وهذا بخلاف المنفلتة .

والذي يبدو أنه الصواب إنما هو مذهب الجمهور ؛ لقوة أدلته ، ولتحقيقه مصلحه الناس في حفظ الأموال وصيانتها ؛ وملائمته لأعراف الناس وعاداتهم علي النحو الذي سبقت الإشارة إليه .

---

(١)- انظر : تهذيب الفروق (١٢/٤) بهامش الفروق . ط : عالم الكتب.

(٢)- انظر : نيل الأوطار (٨٧/٧).

(٣)- تهذيب الفروق (١٢/٤) ، ونيل الأوطار (٨٧/٧).

تلك هى جناية الحيوان على المزارع والبساتين ، وما يكون منها ضررا معتبرا موجبا للضمان ، وما لا يكون .

والبحث ينتقل بعد ذلك إلى الحديث عن هذا الفرع الآخر .

الفرع الثالث : جناية الأبنية والحيطان (١) وما يكون منها ضرراً موجبا للضمان وما لا يكون

يمكن القول – ابتداء – إن الفقه الإسلامى يقصد بجناية الأبنية والحيطان ما تتسبب فيه تلك الأبنية والحيطان من الإتلافات نتيجة مابها من خلل : كالميل ، أو التشقق، أو السقوط؛ ذلك أنه لا يحق لإنسان فى هذا الفقه أن يقيم مبنى واهيا آيلا للسقوط إلى الطريق، أو ملك غيره؛ إذ فى سقوطه إضرار بالمارة أو الجار، ولأن ميلان البناء، أو الحائط للسقوط، أو بناءه مائلا ابتداء فيه شغل هواء الطريق، أو ملك غيره، وهواء الطريق كأصل الطريق حق للمارة، فمن أحدث فيه شيئا كان متعديا ضامنا .

وهذا هو الأساس الذى تقوم عليه المسئولية فى هذا الفرع عند من يقول من الفقهاء بأن ذلك ضرر معتبر يوجب الضمان؛ لوجود التعدي.

ويفرق الفقه الإسلامي– هنا– بين نوعين من الخلل الذى يكون فى البناء ، النوع الأول : الخلل الأصلى الذى يكون فى البناء منذ إنشائه ، والنوع الثانى : الخلل الطارئ .

وتفصيل القول فى ذلك وفق ما يلى :

---

(١)- وحكم الدور ذوات الطوابق (العمارات) حكم الحائط المائل ، وأن العلو إذا وهي أو تصدع فتقدم أهل السفل فيه إلي أهل العلو يجب فيه ما يجب في الحائط المائل، وكذلك الحائط يكون أسفله لرجل وأعلاه لآخر.

انظر : ضمان المتلفات (ص٤٠٢) .

أولا : الخلل الأصلي في البناء :

إذا بني الشخص حائطه مائلا إلي الطريق العام أو إلي ملك غيره، فسقط وتلف به شيء ، فلا خلاف بين الفقهاء في أن جناية هذا الحائط تكون ضررا معتبرا يوجب علي المالك أن يضمن جميع الشيء التالف مطلقا؛ لأنه متعد بذلك ابتداء؛ إذ ليس له الانتفاع بالبناء في هواء الشارع، أو في هواء ملك غيره ، أو في هواء مشترك؛ ولأنه ببنائه مائلا تسبب في إحداث الضرر بوقوعه علي غيره في غير ملكه [١] .

ومثل بنائه مائلا مالو بناه علي غير أساس مثله ، فإنه تكون جنايته ضررا معتبرا موجبا للضمان [٢] .

ثانيا : الخلل الطارئ:

أما إذا أقيم البناء ، أو الحائط مستقيما ، وسليما ثم طرأ عليه التصدع والخلل، ومال إلي الطريق العام، أو ملك أحد، وأصبح معرضا للسقوط في الطريق، أو منزل الجار، وطولب مالكه بنقضه، وأمكنه ذلك ، فلم ينقضه [٣] ، فسقط فتلف به إنسان، أو حيوان، أومتاع، فهل تكون جناية هذا الحائط ضررا معتبرا موجبا للضمان أم لا ؟

---

(١)- انظر: المبسوط (٩/٢٧)، والفتاوي الهندية (٣٦/٦) ، والشرح الكبير للدردير (٣٥٦/٤)، والشرح الصغير (٤٤٠/٢)، والروضة للنووي (٣٢١/٩)، ومغني المحتاج (٨٦/٤)، والمغني لابن قدامة (٤٢٧/٨). ط : القاهرة ، والبحر الزخار (٢٤٤/٦)، والروضة البهية (٤٢٤/٢)، وشرائع الإسلام (٢٥٥/٤).

(٢)- انظر : الروضة البهية (٤٢٤/٢).

(٣)- أما لو مال قبل وقوعه إلي الطريق العام ، أو إلي ملك غيره ، أو ملك مشترك بينه وبين غيره، ولم يمكنه نقضه، وسقط وتلف به شيء ، فلا يكون ذلك ضررا معتبرا موجبا الضمان؛ لأن المالك لم يتعد حين بناه قائما ، ولم يحصل منه تفريط في ترك نقضه لعجزه عنه، فأشبه ما لو سقط من غير ميل . انظر : حاشية رد المحتار علي الدر(٦٣٩/٦)، والشرح الكبير (٣٥٦/٤)، والمغني لابن قدامة (٤٢٧/٨)، والروضة للنووي (٣٢١/٩) .

وللفقهاء ثلاثة مذاهب بهذا الخصوص:

المذهب الأول :

أن ذلك يكون ضررا معتبرا يوجب الضمان مطلقا علي صاحب الحائط سواء طولب بنقضه أم لم يطالب.

وهذا هو مذهب ابن أبي ليلي، وأبي ثور، وإسحاق بن راهويه، وبعض الحنابلة ، وبعض الشافعية .

وحجتهم : أن الحائط لما مال إلي الطريق وجب علي صاحبه أن يزيله، فإذا لم يفعل ذلك صار متعديا بتركه ، فتكون جناية هذا الحائط جناية بالتعدي، وينظر إليها علي أنها ضرر معتبر يوجب الضمان (١) .

المذهب الثاني:

أن ذلك لا يكون ضررا معتبرا موجبا للضمان مطلقا سواء طولب صاحب الحائط بهدمه أم لم يطالب وهذا هو مذهب: الشافعية (٢) ، والظاهرية(٣)، والحنفية بمقتضي القياس(٤) وحجتهم: أنه لم يوجد من صاحب الحائط فعل هو متعد فيه ، فلا يثبت الضرر ؛ لأن أصل البناء في ملكه كان مستقيما، والميل حادث بغير فعله ، فاشبه مالو وقع من غير

---

(١)- انظر: المغني لابن قدامة (٤٢٨/٨) . ط: القاهرة ، والمهذب (٢٤٨/٢). وهو أحد الوجهين ، وهو قول أبي إسحاق .

(٢)- انظر : المهذب (٢٤٨/٢)، وهو قول أبي سعيد الإصطخري . قال الشيرازي : وهو المذهب، وانظر الروضة (٣٢١/٩). قال النووي : وهو الأصح عند الجمهور .

(٣)- انظر : المحلي (٥٢٨/١٠).

(٤)- انظر: الفتاوي الهندية (٣٦/٦)، والمبسوط (٢٧/٩)، وتكملة البحر الرائق (٤٠٢/٨، ٤٠٣)، ووجه القياس عندهم : أنه لم يوجد من المالك صنع هو متعد فيه ؛ لأنه بناه في ملكه سليما، والمطالبة والإشهاد فعل غيره، فلا يكون سببا لاعتبار ذلك ضررا موجبا للضمان .

ميل، بل ولا يلزمه هدمه وبناؤه مستقيما، ولا يجبر عليه سواء تمكن من ذلك أم لا؛ لأن القاعدة عندهم: «إن ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال» كما أن مالك الحائط قد يكون غائبا بأقصي المشرق، والحائط بأقصي المغرب [١].

المذهب الثالث :

أن ذلك يكون ضررا معتبرا موجبا للضمان بشرط أن يتقدم ذو مصلحة إلي صاحبه (صاحب الحائط) قبل سقوطه بنقضه ، أو إصلاحه، ويشهد عليه ، وتمضي مدة كافية للهدم أو الإصلاح ، فلم يفعل حتي سقط وتلف به شيء ، وعلي هذا فلو سقط الحائط قبل المطالبة وأتلف شيئا أو سبَّب ضررا لا يكون ذلك من الضرر المعتبر الموجب للضمان، فلا يجب الضمان علي صاحب هذا الحائط .

وهذا مذهب الجمهور (المالكية[٢] ، والحنابلة في القول المختار[٣] ، والحنفية بمقتضي الاستحسان[٤]).

لكن نص المالكية علي أن اشتراط المطالبة والإشهاد علي المالك لاعتبار ذلك ضررا موجبا للضمان – محله إذا كان منكرا للميلان، أما إذا كان مُقِرّاً به ، فلا يشترط ذلك .

---

(١)– انظر : المبسوط (٩/٢٧)، وتكملة البحر الرائق (٨/٤٠٢، ٤٠٣)، والمهذب (٢/٢٤٨)، والمحلي (١٠/٥٢٨).

(٢)– انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/٣٥٦)، والشرح الصغير (٢/٤٤٠).

(٣)– انظر : المغني لابن قدامة (٨/٤٢٨). ط : القاهرة . قال ابن قدامة : وهو مذهب الحسن ، والنخعي ، والثوري.

(٤)– انظر : الفتاوي الهندية (٦/٣٦) ، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/٦٣٩).

ويحتج الجمهور لمذهبهم هذا : بأن الحائط لما مال إلى الطريق العام، أوملك أحد فقد اشتغل هواء الطريق أو ملك غيره بحائطه، ورفعه فى قدرته ، فإذا تقدم إليه، وطولب بتفريغه لزمه ذلك ؛ فإذا امتنع من التفريغ مع التمكن منه ، صار متعديا ، فيكون ما وقع من جناية الحائط – بعد هذا – على سبيل التعدي، فينظر إليه على أنه ضرر معتبر موجب للضمان، فيلزم الضمان صاحب الحائط، وهذا بخلاف ما قبل الإشهاد ؛ لأنه لم يطالب بالتفريغ ، فلا يثبت التعدى .

الخلاصة :

وبعد هذا العرض لمذاهب الفقهاء وحججهم بخصوص جناية الأبنية والحيطان وما يكون منها ضررا معتبرا يجب به الضمان، وما لا يكون – فإنه يمكن القول بأن المذهب الأول الذى يرى أن جناية الحائط المائل ضرر معتبر موجب للضمان بدون مطالبة سابقة بالهدم – فيه تشديد على أصحاب الأبنية ؛ لأنه يعتبر جناية هذا الحائط ضررا موجبا للضمان بالنظر إلى مجرد الميل إلى الطريق، أو ملك الغير . . .، مع أنه قد يكون أصحاب الأبنية غير عالمين بهذا الميل ، وفى ذلك قدر كبير من التضييق عليهم.

أما المذهب الثانى الذى يرى أن جناية الحائط المائل ليست ضررا معتبرا يوجب الضمان سواء تقدم إلى صاحبه بالنقض أو لا – ففيه إجحاف وتضييع لحقوق الآخرين ويؤدى إلى اتساع دائرة لحوق الضرر بالناس من الجيران والمارة.

والذى يبدو أنه الصواب هو المذهب الثالث (مذهب الجمهور) الذى يرى أن جناية الحائط المائل تكون ضررا معتبرا موجبا للضمان بشرط أن يتقدم صاحب المصلحة إلى المالك بنقضه وإصلاحه على النحو الذى سبق؛ ذلك لأنه أعدل المذاهب، فلا هو مضيق على المالك، ولا هو مضيع

حق غيره، وفيه حفظ لحقوق الناس، ودفع الأذي عن المارين والجيران، كذلك فإنه يعتمد علي قرينة ظاهرة في التعدي ، هي التقدم والإنذار بإصلاح الحائط، أو هدمه، وبذلك ينقطع عذر المالك وهو الجهل بميل الحائط، وفوق ذلك فهو يحقق مصلحة للجانبين : مصلحة للمالك بتنبيهه ولفت نظره إذا كان غير عالم بميل حائطه، ومصلحة للمتضرر بإيجاب الضمان له ؛ حفظا وصيانة لحقه [١] .

وبهذا الفرع التطبيقي : جناية الأبنية والحيطان وما يكون منها ضررا معتبرا موجبا للضمان، وما لا يكون – يكون البحث قد فرغ من الإشارة إلي تلك الجملة من أنواع الضرر في باب الجنايات ، وننتقل بعد هذا إلي مبحث آخر لنطالع فيه نوعا جديداً من الضرر : الضرر في العلاقات الدولية، ونتناول ذلك في الصفحات التالية .

---

(١)– انظر: ضمان المتلفات (ص ٤٤٨) .

المبحث الخامس

الضرر فى العلاقات الدولية

مقدمة :

الأصل فى هذا المبحث هو ما انتهى إليه النظر الفقهى للفقهاء المسلمين من تقسيم العالم إلى دارين : « دار الإسلام »، و« دار الحرب »(١) ، وما انبنى على ذلك من طبيعة العلاقة بين الدارين ، وهل هى السلم ، أو أنها الحرب؟

والذى يرى أنه لابد- ابتداء - من الوقوف على حقيقة هذين المصطلحين : « دار الإسلام »، و« دار الحرب »، ثم نتبع ذلك بالمبررات - من الواقع - التى انتهت بالنظر الفقهى إلى هذا التقسيم، وهل واقعنا المعاصر لم تزل توجد به مبررات هذا التقسيم ؟ أو أن هذا الواقع يغاير الواقع الأول، فلم يعد لهذا التقسيم ما يبرره؟

وأخيراً ما هو الأساس الذى يحكم العلاقات الدولية فى الإسلام ؟

---

(١)- ثبوت هذين الدارين : «دار الإسلام»، و«دار الحرب» - محل اتفاق بين العلماء ، وقد عبر عن ذلك المرتضى فى «البحر الزخار» بأنهما ثابتان إجماعًا . البحر (١/ ٩٧) . وانظر : مقدمات ابن رشد مع المدونة (٣/ ٣٤٥) ، والمهذب (٢/ ٣١٠)، والمغنى (١٠/ ٩٥).

لكن يذكر بعض الفقهاء إلى جانب هاتين الدارين : دار العهد، ودار الفسق، ودار الوقف(الدار المركبة) . أما دار العهد فهى - عند بعض الفقهاء- من دار الإسلام ؛ لأنها دخلت فى سلطان المسلمين وانضمت إلى دار الإسلام بصلح لا بفتح وعنوة. انظر : الأحكام السلطانية للماوردى (١٣٨). وممن قال بهذا أبو حنيفة. وأما دار الفسق فالمقصود بها«ما ظهر فيها العصيان من غير إمكان نكير» وقد أجيب عن ذلك بأنه لا دار للفسق مطلقا ؛ إذ لاحكم يستفاد منها بخلاف حكم الكفر .

وأما دار الوقف(الدار المركبة) فهى «مالم يعلم حكمها لاجتماع أهل الكفر والإسلام فيها »، وقد قال فيها شيخ الإسلام ابن تيمية : «يعامل المسلم فيها بما يستحقه، ويقاتل الخارج عن شريعة الإسلام بما يستحقه» انظر : البحر الزخار (١/ ٩٨) ، ومجموع الفتاوى(٢٨/ ٢٤١) .

وموجز القول فى ذلك وفق ما يلى :

أولاً : حقيقة هذين المصطلحين : « دار الإسلام » ، و« دار الحرب »

أ- حقيقة مصطلح «دار الإسلام» :

أ- عرف الفقهاء دار الإسلام بعدد من التعريفات ، منها : ما قاله الإمام السرخسى من أن « دار الإسلام اسم للموضع الذى يكون تحت يد المسلمين ، وعلامة ذلك : أن يأمن فيه المسلمون » (١) .

وفى « جامع الفصولين » ، و« الدر المختار » ، و« الفتاوى الهندية » و« البدائع » : أن الدار تصير دار إسلام « بإجراء أحكام أهل الإسلام فيها ، ولو بقى فيه كافر أصلى » (٢) .

فإذا صارت البلدة دار إسلام بإجراء أحكام أهل الإسلام فيها ، ثم طرأ عليها أن انتقصت أحكام الإسلام ، فما بقى شيء من أحكام الإسلام وآثاره تبقى دار الإسلام« لأن الحكم إذا ثبت بعلة ، فمابقى شيء من العلة يبقى الحكم ببقائه » (٣) .

ونقل فى « البحر » أن دار الإسلام هى « ما ظهر فيها الشهادتان ، والصلاة ، ولم تظهر فيها خصلة كفرية ، ولو تأويلا إلا بجوار ، والعبرة بالغلبة ، وقيل : بالكثرة فقط ، وقيل بالظهور » (٤) .

---

(١)- شرح السير الكبير للسرخسي (٣/ ٨١). ط: دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد الهند - الطبعة الأولي ، سنة ١٣٣٥هـ .

(٢)- جامع الفصولين(١١)، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/ ١٩٠) ، الفتاوي الهندية (٢/ ٢٣٢)، والبدائع (٧/ ١٣٠).

(٣)- جامع الفصولين (١١) .

(٤)- البحر الزخار(١/ ٩٨)، وانظر : السيل الجرار (٤/ ٥٤٦).

وليس من شرط دار الإسلام أن يكون فيها المسلمون أكثرية ما دامت أحكام الإسلام تجرى فيها ، وهى فى يد الإمام وتحت سلطانه، بل حتى ولو لم يكن فيها مسلمون فهى دار إسلام ؛ لجريان أحكام الإسلام فيها ولوقوعها تحت سلطان المسلمين .

وفى هذا يقول الإمام الرافعي : « وليس من شرط دار الإسلام أن يكون فيها مسلمون ، بل يكفى كونها فى يد الإمام وإسلامه » (١) .

والذى يظهر من النظر فى جملة هذه التعريفات أن الفقهاء لاحظوا هذ العدد من العناصر الذى يتكون منه معنى الدار :

العنصر الأول : الأرض ، وذلك حيث قال السرخسى : « دار الإسلام اسم للموضع (الأرض المحددة) الذى يكون تحت يد المسلمين (أو بالتعبير المعاصر : السيادة فيه للمسلمين) ».

العنصر الثانى : الأفراد (الشعب) ، وذلك حيث عبر فقهاء الزيدية عن دار الإسلام بأنها « ما ظهر فيها الشهادتان والصلاة » ونحوها من شعائر الإسلام ، فهذا الظهور يكون بالأفراد المسلمين الذين يلتزمون هذه الشعائر، ولا شك أنه يرتبط هذا الظهور بأن يغلب وجود المسلمين على وجود غيرهم فى حدود هذه الأرض.

العنصر الثالث : الإمام (الحاكم ، أو رئيس الدولة) ، وذلك حيث يقول الإمام الرافعى بأن دار الإسلام هى ما يكون « تحت يد الإمام وإسلامه » .

---

(١)- نقله الدكتور عبد الكريم زيدان فى كتابه «أحكام الذميين والمستأمنين فى دار الإسلام» (ص ١٧)، وذلك عن «فتح العزيز» للرافعي(٨/ ١٤). مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم (٥٧٢٦) فقه شافعى .

والعنصر الرابع : نظام الحكم ، وذلك حيث يقرر جميع الفقهاء أن الدار تصير دار إسلام« بإجراء أحكام أهل الإسلام فيها » .

لكن يمكن القول – عند التمحيص– : إن العنصر المؤثر الذى يلزم عن وجوده وجود دار الإسلام، ويلزم عن عدمه عدمها هو العنصر الرابع ؛ ذلك أن العنصر الأول (الأرض) وصفه بأنه دار إسلام أو دار كفر – كما يقول ابن تيمية بحق – ليس وصفًا لازمًا، بل هو وصف عارض بحسب السكان « فكل أرض سكانها المؤمنون المتقون هى دار أولياء الله فى ذلك الوقت ، وكل أرض سكانها الكفار فهى دار كفر فى ذلك الوقت ...، فإن سكنها غير ما ذكرنا وتبدلت بغيرهم فهى دارهم » [1] ، إذًا فالأرض ليست مؤثرة بذاتها، بل بسكانها .

وأما العنصر الثانى (الأفراد) فقد بين الإمام الرافعى بأنه ليس من شرط دار الإسلام أن يكون فيها مسلمون، بل يكفى كونها فى يد الإمام و تحت سلطان الحكم الإسلامى ، فيكون الأفراد بذلك غير مؤثرين فى الحكم على الدار.

وأما العنصر الثالث (الحاكم) فقد بين الحنفية أنه لو أغار الكفار على دار الإسلام واستولوا على أجزاء منها، فإن هذه الأجزاء تبقى من دار الإسلام هذا على أن المستولى كافر، ما دام يجرى فيها أحكام الإسلام، وتظهر فيها شعائره :كالأذان ، والجمع ، والجماعات ؛ إذ تقرر أن بقاء شيء من العلة يبقى الحكم [2] ، وبهذا فإن الحاكم لا يكون مؤثرا بذاته فى الحكم على الدار .

---

(١)– انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية (١٨/ ٢٨١).

(٢)– انظر : جامع الفصولين (١١) ، وانظر : فتوى الأسبيجابى الحنفى حينما أغار التتار على البلاد الإسلامية واستولوا على أجزاء منها ، وما قاله شمس الأئمة الحلوانى بهذا الخصوص، فقد قرر الإمامان أن دار الإسلام لا تكون دار حرب بمجرد استيلاء الكفار عليها ما دام يجرى فيها بعض أحكام الإسلام . وانظر: أحكام الذميين للدكتور عبد الكريم زيدان (ص ١٩).

وهكذا فإنه يظهر أن هذه العناصر الثلاثة : الأرض ، والأفراد ، والحاكم - ليست مؤثرة بذواتها فى الحكم بأن الدار دار إسلام ، فيبقى : أن العنصر المؤثر هو العنصر الرابع وهو « إجراء أحكام أهل الإسلام فى الدار »، وهنا فإنه تجدر الإشارة إلى أنه لو طرأ على الدار أن انْتُقِصَتْ أحكامُ الإسلام، فإنه يبقى حكمها ما بقى شيء من أحكام الإسلام وآثاره ؛ لأن الحكم - كما هو المقرر - إذا ثبت بعلة، فما بقى شيء من العلة يبقى الحكم ببقائه.

وعلى هذا فإنه ليس يكون البحث مجاوزاً للصواب إذا ما قرر أن دول العالم الإسلامى - على تعددها، واختلاف حظ أنظمة الحكم فيها من العمل بأحكام الشريعة إقلالاً، وإكثاراً - دار إسلام ما بقى شيء من أحكام الإسلام وآثاره يجرى فيها وما دامت شعائره الظاهرة من الأذان والجمع والجماعات ظاهرة لا يتعرض لها ، ولا لمن يؤدونها .

وبناء عليه فإن النظر الإسلامى هو أن تكون هذه الدول المسلمة داراً واحدة ، اعتماداً على وحدة الدين بقطع النظر عن اللغة، أو الجنس ، أو الحكومات ، أو سائر المميزات القومية ؛ لأن وحدة الدين تغلب هذه الفروق ، وهذا النظر هو الذى انبثق عنه نظام الخلافة الإسلامية ، وهو أول نظام اتحادى ظهر فى العالم [١] ، ففى داخل هذا النظام لا توجد حدود إقليمية ، أو سياسية تفصل بين الشعوب التى تدين بالإسلام ؛ ذلك أن ولاية الإسلام واحدة ، وهى تشمل الشعوب والأقاليم التى تنبسط عليها هذه الولاية .

(١)- انظر : أحكام القانون الدولى فى الشريعة الإسلامية للدكتور حامد سلطان (٣٤) . ط : الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨م.

وحيث حكمنا على الدار بأنها دار إسلام ، فإنه تثبت لأهل هذه الدار – المسلمين منهم والذميين – العصمة فى نفوسهم وأموالهم ، أما المسلمون فبسبب إسلامهم، وأما الذميون فبسبب ذمتهم ، فهم جميعًا آمنون بأمان الإسلام . أى : بأمان أقره الشرع بسبب الإسلام بالنسبة للمسلمين، وبسبب عقد الذمة بالنسبة للذميين .

هذه هى حقيقة دولة الإسلام التى اصطلح على تسميتها بـ« دار الإسلام »، ونعرض فيما يلى لدار الحرب :

ب- أما دار الحرب فقد اختلف الفقهاء في تعريفها ، وذلك بما حاصله هذان الرأيان :

الأول : أن دار الحرب هى الدار التى لا يكون فيها السلطان والمنعة لأحكام الإسلام، فتجرى فيها أحكام الشرك، ولا يكون بين أهلها وبين المسلمين عهد يرتبط به المسلمون ويقيدهم ، وهذا هو مذهب الجمهور(المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والصاحبين : محمد ، وأبى يوسف) [١] .

والذى يلاحظ : أن العبرة عند أصحاب هذا الرأى إلى المنعة والسلطان ، فما دامت الدار خارجة عن سلطان أحكام الإسلام ومنعة المسلمين من غير عهد ، فهى دار حرب يتوقع منها الاعتداء دائمًا، والله – سبحانه وتعالى – أمر المؤمنين بأن يأخذوا الحذر دائمًا ، وأن يكونوا على أهبة القتال لدفع الاعتداء [٢] .

---

(١)- انظر: البدائع للكاساني (٧/ ١٣٠)،وجامع الفصولين (١١) ، والفتاوي الهندية(٢/ ٢٣٢) والأحكام السلطانية للماوردي (٣٨) ، والمغني لابن قدامة(١٠/ ١٩١).

(٢)- انظر: العلاقات الدولية في الإسلام للشيخ محمد أبي زهرة (٥٣) . ط : دار الفكر العربي .

الرأى الثانى : رأى الإمام أبى حنيفة، وبعض فقهاء الزيدية [1] ، وهو أن كون السلطان ليس لأحكام الإسلام لا يجعل الدار دار حرب ، بل لابد من تحقق شروط ثلاثة لتصير الدار دار حرب :

١- ألا تكون المنعة والسلطان للحكم الإسلامى ، وذلك بحيث تظهر أحكام الكفر وتجرى فى هذه الدار.

٢- أن تكون متاخمة لدار أهل الحرب . أى : متصلة بها ، لا يفصل بينهما شيء من دار الإسلام؛ إذ هذا من شأنه التقوى على دار الإسلام ، فيتوقع منهما الاعتداء عليها.

٣- أن لايبقى فيها مسلم ولا ذمى آمنًا بالأمان الأول ، وهو أمان المسلمين .

وقد انتصر الكاسانى الحنفى - بحق - لرأى الإمام أبى حنيفة - رحمه الله - على رأى الصاحبين (الذى هو رأى الجمهور) حيث ذكر أن المقصود من إضافة الدار إلى الإسلام والكفر «ليس هو عين الإسلام ، والكفر، وإنما المقصود هو الأمن والخوف ، ومعناه : أن الأمان إن كان للمسلمين فيها (أى : فى الدار) على الإطلاق ، والخوف للكفرة على الإطلاق، فهى دار الإسلام، وإن كان الأمان فيها للكفرة على الإطلاق، والخوف للمسلمين على الإطلاق ، فهى دار الكفر، والأحكام مبنية على الأمان والخوف ، لا على الإسلام والكفر ، فكان اعتبار الأمان والخوف أولي، فما لم تقع الحاجة للمسلمين إلى الاستئمان، بقى الأمن الثابت فيها على الإطلاق، فلا تصير دار الكفر.

---

(١)- انظر : البدائع (٧/ ١٣٠) ، وجامع الفصولين (١١) ، والفتاوى الهندية (٢/ ٢٣٢)، والدر المختار (٤/ ١٩٠) ، والبحر الزخار (٦/ ٤٦٨) .

وكذا الأمن الثابت لا يزول إلا بالمتاخمة لدار لحرب، فتوقف صيرورتها دار الحرب على وجودهما وعدمه (أى : الأمن ، والخوف) ، مع ما إن إضافة الدار إلى الإسلام احتمل أن يكون لما قلتم (من ظهور أحكام الكفر) ، واحتمل أن يكون لما قلنا ، وهو ثبوت الأمن فيها على الإطلاق للمسلمين، وإنما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستئمان، فإن كانت الإضافة لما قلتم تصير دار الكفر بما قلتم، وإن كانت الإضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر إلا بما قلنا ، فلا تصير ما به دار الإسلام بيقين دار الكفر بالشك ، والاحتمال على الأصل المعهود : أن اليقين لايزول بالشك ، والاحتمال بخلاف دار الكفر حيث تصير دار الإسلام ؛ لظهور أحكام الإسلام فيها؛ لأن هناك الترجيح لجانب الإسلام . . . ، فزال الشك ، على أن الإضافة إن كانت باعتبار ظهور الأحكام، لكن لا تظهر أحكام الكفر إلا عند وجود هذين الشرطين ، أعنى : المتاخمة ، وزوال الأمان الأول ؛ لأنها لا تظهر إلا بالمنعة، ولا منعة إلا بهما ، والله -سبحانه وتعالي- أعلم» [1]

وعلى هذا فإنه يكون الرأى الأولى بالاتباع هو الاجتهاد الفقهى الذى قدمه الإمام أبو حنيفة -رحمه الله - ومن وافقوه من فقهاء الزيدية ؛ لأنه لم يعتبر الدار دار حرب إلا إذا كان الاعتداء بالفعل بزوال أمان المسلمين ، أو بتوقع الاعتداء بالمتاخمة ؛ إذ المتاخمة من غير عهد ملزم ، أ و من غير ميثاق عدم اعتداء - يجعل الحرب متوقعة فى كل وقت ؛ ولأنه - كما يقول الشيخ أبو زهرة - رحمه الله - هو الذى يتلاقى مع النصوص الداعية للسلام [2] ، ومن ثم فإنه يكون الأقرب إلى روح القرآن ونصوصه التى تقضى بأن لا تكون حرب ما ثبت أمان المسلمين ولم يتوقع الاعتداء.

---

(١)- بدائع الصنائع (٧/ ١٣١).

(٢)- انظر : العلاقات الدولية في الإسلام للشيخ أبي زهرة (ص ٥٤).

وحيث حكمنا على الدار بأنها دار حرب - بناء على ما سبق من الشروط- فإن أهلها يكونون حربيين ، والحربى لاعصمة له فى نفسه ولا ماله بالنسبة لأهل دار الإسلام؛ لأن العصمة فى الشريعة الإسلامية تكون بأحد أمرين : الإيمان ، أو الأمان، وليس للحربى واحد منهما .

وبهذا تكون حقيقة مصطلح «دار الحرب » قد اتضحت ، وينتقل البحث بعد ذلك إلى حيث الحديث عن مبررات هذا التقسيم الذى انتهى إليه النظر الفقهى لفقهاء المسلمين الأوائل .

ثانيًا : مبررات هذا التقسيم :

يرى باحثو القانون الدولى المعاصرون أن الاصطلاح الذى أطلقه فقهاء المسلمين على الدولة الإسلامية، وهو : «دار الإسلام» - اصطلاح مقبول فى وقت ظهور الإسلام ؛ ذلك أن اصطلاح «الدولة» لم يكن معروفًا وقتذاك؛ لأن «الدولة» بمفهومها الحديث لم تكن قد نشأت ، أو تبلورت فكرتها فى خارج نطاق الدولة الإسلامية .

أما مصطلح« دار الحرب» فهو - فى رأيهم- مصطلح عادى يتميز بالعمومية ، ويشمل هذا الجزء من المعمورة الذى لا يسود فيه حكم الإسلام .

وهو - عندهم- اصطلاح له ناحية عملية فى الوقت الذى ظهر فيه؛ لأنه يتميز باليسر؛ إذ به جمع علماء الشريعة - فى العصر الأول للإسلام - بين كل المجتمعات الإنسانية ذوات النظم المختلفة والتى لم تكن لها وقتذاك أسماء تسمى بها، أو تعرف بها، والتى كان لا يربط بينها وبين دولة الإسلام أى رباط من روابط العهد ؛ ولذلك سميت دار لحرب (١) .

---

(١)- أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية (ص ٣٩) للدكتور حامد سلطان .

وهذا بخلاف مصطلح « دار العهد » أو « دار الموادعة »، فهو اصطلاح يجمع الدول الأخرى التى يربطها بالمسلمين عهد موادعة وصلح قام على الشروط الشرعية الصحيحة ، حتى إن الإمام أبا حنيفة عدها داخلة فى عموم « دار الإسلام » .

وبناء عليه فإنه يظهر أن تقسيم الفقهاء الدول إلي« دار إسلام » ، و« دار حرب » – جاء نتيجة طبيعية للواقع الذى عاشوه؛ ذلك أنه لم تكن هناك دول بالمفهوم الحديث للدولة تتقاسم العالم ، وإنما كانت الإمبراطوريتان : الفارسية ، والرومانية تفرضان سيطرتهما على معظم أرجاء العالم ، وتمارسان على الأمم والشعوب صنوف القهر والاستبداد، وتمنعان من أن تصل أية دعوة تبشر بالعدل ، والمساواة، والحرية إلى هذه الشعوب ذلك مخافة أن تنهض هذه الشعوب وتطرح عن نفسها أغلال السيطرة ، وإصر الاستعباد المفروض عليها ، فيحل بالإمبراطوريتين الضعف ، وتغيب شمسهما .

هذا إلى جوار بعض الجماعات الإنسانية – المتناثرة هنا وهناك– التى كان يسود فيها النظام القبلي، والتى لم تكن أحسن حالا من الفرس والرومان فى ممارسة نفس الاستبداد والقهر على الضعفة من الناس ، فإغارة القبائل بعضها على بعض ، واستيلاء القوى على الضعيف أمر تزخر به كتب السير والتواريخ .

ومعنى هذا : أن هؤلاء الأقوياء الذين يعتمدون الاستبداد والغلبة بالقوة الغاشمة سلوكًا ومنهجًا فى تكسب الحياة ورغد العيش – سيمنعون بكل ما أوتوا من القوة أن يفتح سبيل يبشر بالعدل والمساواة والحرية ، ويدعو إلى محاربة الظلم وعقوبة الظالمين .

هذا هو واقع العالم وقت أن طلعت شمس الإسلام على الدنيا مؤذنة بزوال الظلم والظالمين .

ولما كان الإسلام دعوة عالمية تهدف إلى تحقيق هذه الغايات السامية : تحرير العباد من عبادة العباد إلى عبادة رب العباد ، وإخراجهم من جور الأديان إلى عدل الإسلام ، ومن ضيق الدنيا إلى سعة الدنيا والآخرة – فإنه كان لزامًا على المسلمين التحرك بهذا الدين دعوة إلى العالمين ؛ ولأنه لم تكن هناك وسائل إعلام تكفل بلوغ هذه الدعوة إلى أسماع الناس كل الناس ﴿ فَمَن شَاءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاءَ فَلْيَكْفُرْ [1] ﴾، ومن شاء الكفر فليكن كفره فى حدود نفسه، وليس له أن يمارس به الظلم والاستبداد على الآخرين فيمنعهم حقوقهم وفى مقدمتها حق اختيار الإيمان – فكان لابد من أحد هذين السبيلين : مخاطبة الملوك والرؤساء بدعوة الإسلام ، لعلهم أن يستجيبوا لها ويؤمنوا بها ويتولوا أمر إبلاغها إلى من يلونهم من الشعوب ، هذا هو السبيل الأول .

وأما السبيل الثانى فهو ما إذا لم يستجب الملوك لهذه الدعوة ، فإما أن يكون عدم قبولهم للدعوة فى خاصة أنفسهم ، فلا يمنعون المسلمين من تبليغ الدعوة إلى الناس، ولا يكرهون من شاء الإيمان على الكفر، ويلتزمون مع المسلمين عهداً يأمنون فيه من اعتداء المسلمين ، ويأمن فيه المسلمون من اعتدائهم .

وإما أن يكون عدم قبول الملوك للدعوة عاما، فلا يقبلونها لأنفسهم ، ولا لمن تحت أيديهم من الشعوب ، فتكون الحرب ؛ ليتمكن المسلمون بها من أن تبلغ الدعوة مسامع كل الناس فمن شاء آمن ومن شاء كفر لا لإكراه

---

(١)- آية (٢٩) سورة الكهف .

الناس على الدخول فى الإيمان ؛ لأنه ﴿ لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾ (١) .

ولما كان الغالب - بحكم الواقع- أن الملوك ، ورؤساء القبائل يرفضون الاستجابة للدعوة لا فى خاصة أنفسهم وإنما فى عموم ملكهم ولمن تحت أيديهم من الشعوب ، ولا يقبلون التزام العهد مع المسلمين؛ لما فى ذلك من الخطر عليهم، والخوف على ضياع هذا الملك القائم على الظلم والقهر والاستبداد- فإنه اصطلح الفقهاء الذين عاشوا هذا الوقت على تسمية هؤلاء جميعًا بـ« دار الحرب »؛ إما لأنهم عاجلوا الإسلام بالحرب(٢) ؛ ردًا على دعوته السلمية كما فعل كسرى عندما أرسل إليه النبى -ﷺ- بدعوة الإسلام، فأرسل إلى النبي-ﷺ- من يقتله ، ويأتيه برأسه .

وإما لأنه يتوقع منهم الحرب بسبب عدم قبولهم الدعوة ورفضهم العهد مع المسلمين ؛ إذ إن رفض العهد يعنى فى حقيقة الأمر تبييت نية الحرب والاعتداء.

إذًا فمبررات هذا التقسيم الذى انتهى إليه الاجتهاد الفقهى لفقهاء العصور الأولى للإسلام بلغت من الموضوعية والسداد هذا القدر الذى يجعل كل منصف يقر بهذا التقسيم فى حدود هذا الزمان .

فإذا تجاوزنا هذا الزمان إلى حيث واقعنا المعاصر : حيث المفهوم الحديث للدولة ، وحيث تلاشت النظم الإمبراطورية والنظم القبلية من معظم أرجاء المعمورة ، وحيث لا حرب بل دول العالم تجمعها منظمة واحدة لها نظمها وقانونها الذى الأصل فيه أن تلتزمه جميع الدول الأعضاء

---

(١)- آية (٢٥٦) سورة البقرة .

(٢)- فالحرب كانت مستمرة فعلا وواقعًا وقت أن سمى الفقهاء هذا الجزء من العالم بـ«دار الحرب» وما كان للفقهاء أن يسموا الأشياء بغير أسمائها .

فى هذه المنظمة تحقيقًا للسلم والعدل الدوليين ؛ ذلك تطلعًا إلى أن يسود نظام عالمى يجمع هذه الدول فى إطار من السلم والعدل والإخاء الإنساني؛ وحيث لم يعد أمر بلوغ الدعوة إلى مسامع كل الناس يحتاج إلى مخاطبة الملوك والرؤساء لما لأجهزة الإعلام الحديثة : المرئى منها ، والمسموع ، والمقروء - من القدرة الفائقة التى تمكن من أن تبلغ الدعوة مسامع كل الناس فى كل أرجاء الأرض ، وذلك من غير احتياج إلى حرب وقتال - فإنه تكون مبررات اعتبار جزء العالم الذى ليس دار الإسلام دار حرب لم يعد لها وجود فى الواقع المعاصر ، ومن ثم فإنه يكون ما بنى على ذلك من الحكم على هذا الجزء بأنه دار حرب غير مسلم به ؛ لأن الحكم يدور من حيث الوجود والانتفاء مع علة وجوده : فيوجد حيث توجد ، وينتفى حيث تنتفى ، فلما انتفت علة الحكم (التى هى فى جملتها المبررات السابقة) ، فإنه يلزم انتفاء الحكم على هذا الجزء من العالم بأنه دار حرب.

ويؤيد من وجهة البحث هذه : أن هذا الجزء من العالم يرتبط مع دول العالم الإسلامى بعهود ومواثيق، وتجمعه مع هذه الدول منظمة الأمم المتحدة، وذلك على النحو الذى سبق أن أشير إليه ، ومن هنا فإنه يكون النظر الفقهى الصحيح إليه هو أنه « دار عهد وموادعة » ، لا أنه « دار حرب »، ويتقوى هذا النظر بالاجتهاد الفقهى الذى قدمه الإمام أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - والذى اختاره البحث - من أن إضافة الدار إلى الإسلام والكفر (الحرب) ليس يقصد بها عين الإسلام والكفر ، وإنما المقصود هو : الأمان ، والخوف، فحيث كان الأمان للمسلمين فيها ، فإنه لا يحكم عليها بأنها دار حرب ، والعجيب أنه كثيراً ما يفر إلى هذه الدول نفر من دعاة المسلمين وعلمائهم - بقطع النظر عن المخطئ منهم والمصيب

– خوفًا من أن يلحقهم ظلم الحكام أو بطش الحكومات ، فيأمنون ، ويتمتعون بقدر من الحرية لم يعرفوا مثله في بلدانهم التي هي داخلة في عموم دار الإسلام

وبهذا يكون قد اتضح أن تقسيم العلماء العالم إلى « دار إسلام » و« دار حرب » جاء كنتيجة طبيعية لمبررات مستمدة من واقعهم الذي عاشوه، وأنه لا وجود في واقعنا المعاصر لهذه المبررات مما يعني اختلاف الحكم، وأن هذا الخلاف ليس خلاف حجة وبرهان، وإنما هو خلاف عصر وأوان .

وينتقل البحث بعد هذا إلى الحديث عن الأساس الذي تقوم عليه العلاقة بين دار الإسلام وغيرها من الدول الأخرى ، وهل هو الحرب ؟ أو أنه السلم ؟ .

ثالثًا : الأساس الذي تقوم عليه العلاقة بين دار الإسلام وغيرها من الدول :

بين البحث أن النظر الفقهي الأول لفقهاء الإسلام والذي انتهى بهم إلى ذلك التقسيم وما انبنى عليه من أن أساس العلاقة بين أهل دار الإسلام وأهل دار الكفر هو الحرب– لم يعد يوجد له ما يبرره من الواقع ؛ إذ إن الواقع المعاصر الذي نعيشه اليوم – كما سبق أن أشير – يخالف ويغاير الواقع الذي عاشه الفقهاء في عصر الإسلام الأول ، وعلى هذا فإنه يلزم رد الأمر إلى القرآن والسنة ، لنطالع فيهما هذا الأساس الذي تقوم عليه العلاقة بين دار الإسلام وغيرها من الدول .

١– أما الرد إلى نصوص القرآن فالذي يرى منه أن الأصل في علاقة دار الإسلام بغيرها هو السلم الدائمة مالم يقع اعتداء من هذا الغير على

المسلمين ، أو منع من أن تبلغ الدعوة مسامع الناس كافة ، فقد دعا القرآن إلى السلم عامة كما في قوله – تعالى – : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ ﴾(١) ، وقوله – تعالى – : ﴿ فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاً ﴾(٢) .

فالقرآن – كما هو الظاهر من الآيتين – دعا إلى «السلم في كافة أحواله، واعتبر الحرب من إغراء الشيطان، ومن يسير فيها إنما يسير في خطوات الشيطان ، وصرح بأن من يلقى السلام لابد من الامتناع عن قتاله»(٣) .

ثم إن القرآن اعتبر السلام شعاره (٤) ، وذلك حيث قال الله – تعالي– : ﴿ وَلا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِندَ اللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٌ كَذَٰلِكَ كُنتُم مِّن قَبْلُ فَمَنَّ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾(٥) .

ويؤكد من هذا الذى ذكر أن آيات القتال في القرآن الكريم جاءت في كثير من السور المكية والمدنية مبينة السبب الذى من أجله أذن في القتال، وهو يرجع إلى أمرين:

إما دفع الظلم والاعتداء، وإما قطع الفتنة وحماية الدعوة، فمن ذلك قوله – تعالي–: ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلا تَعْتَدُوا إِنَّ

---

(١)- آية (٢٠٨) سورة البقرة .

(٢)- آية (٩٠) سورة النساء.

(٣)- العلاقات الدولية فى الإسلام للشيخ أبي زهرة (ص ٤٧).

(٤)- المصدر السابق (ص ٤٩) . (٥)- آية (٩٤) سورة النساء.

اللَّهَ لا يُحبُّ الْمُعْتَدِينَ * وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُم مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ وَلا تُقَاتِلُوهُمْ عِندَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِن قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ كَذَلِكَ جَزَاءُ الْكَافِرِينَ * فَإِنِ انتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنِ انتَهَوْا فَلا عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ [1] .

ومن ذلك – أيضًا – قوله – تعالى – : ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ فَإِنِ انتَهَوْا فَإِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾[2] ، وقوله – تعالى – : ﴿ أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ * الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِم بِغَيْرِ حَقٍّ إِلاَّ أَن يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ ...... ﴾ [3] .

فهذه الآيات – وغيرها كثير – تدل على أنه لا يؤذن فى القتال (الحرب) حتى يكون الاعتداء « بالاعتداء على الدولة الإسلامية فعلاً أو بفتنة المسلمين عن دينهم » [4] ، وحتى يكون المنع من بلوغ الدعوة إلى مسامع الناس.

ويلحق بمعنى الاعتداء الفعلى المسوغ للحرب توقع الاعتداء؛ إذ « ليس من اللازم لشرعية قتال طائفة أن يعتدوا بالفعل، بل يكون المبرر هو الحماية من الاعتداء إذا كان متوقعًا، وقامت الأدلة على إرادته ... ، بل لابد من دفع الاعتداء قبل أن يستحيل الدفع، وقد يتعين الهجوم سبيلاً للدفاع[5] ».

---

(١)- آية (١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣) سورة البقرة.

(٢)- آية (٣٩) سورة الأنفال .

(٣)- آية (٣٩، ٤٠) سورة الحج.

(٤)- العلاقات الدولية للشيخ أبى زهرة (ص ٤٨) .

(٥)- السابق (٤٩، ٥٠) .

والحاصل : أنه حيث توجد هذه الأسباب والدواعى «فالحرب - حينئذ - تكون ضرورة أوجبها قانون الدفاع عن النفس وعن العقيدة وعن الحرية الدينية» [1] .

وهذا معناه : أن الأصل فى العلاقات هو السلم حتى توجد أسباب ودواعى القتال ، فتكون الحرب ضرورة ملزمة ، لا أنها الأصل.

هذا هو الذى يرى من الرد إلى القرآن .

٢- وأما الرد إلى السنة فالذى يرى منه هو مثل ذلك ، فالمستقرئ لقتال النبى - ﷺ - يجده كان لأحد أمرين« **أولهما** : اعتداء بالفعل ، كما رأينا من اعتداء المشركين على النبى - ﷺ - فى مكة حتى خرج منها ، وفى اعتدائهم على أتباعه فيها بعد أن خرج... ، وتضافر المشركين فى كافة الجزيرة العربية وذهابهم إليه فى المدينة ليقتلعوا الدعوة من جذورها ويجتثوها من فوق الأرض ، فكان عليه أن يقاتلهم فى كل نواحى الجزيرة .

والأمر الثانى الذى يسوغ قتال النبى - ﷺ - ولا يكون قتاله إلا فاضلا- هو : أن يعتدى الملوك على عقيدة من تحت سلطانهم ممن اختاروا الإسلام دينا فيرهقوهم فى عقيدتهم الدينية ، فالدعوة الإسلامية نور لا يحجب ، فلا بد أن تفتح الأبواب له ، وقد وقف الحكام له بالمرصاد يمنعون من أن يصل إلى رعاياهم ، فكان لابد من القتال لإزالة الحجزات التى تمنع النور أن يصل وتمنع الاضطهاد أن يقع حتى لا تكون فتنة فى الدين»[2] .

وقد وجد الأمران فى عصر النبى - ﷺ - ، فقد كان الاعتداء بالفعل عليه وعلى أصحابه، ووقف الملوك محاجزين دون الدعوة

---

(١)- العلاقات الدولية للشيخ أبى زهرة (ص٤٨).

(٢)- السابق (٤٩، ٥٠)

الإسلامية، ومنعوا أن يكون الناس أحراراً يعتنقون ما شاءوا من الأديان « فهذا هرقل قيصر الروم أمر بقتل من أسلم من أهل الشام ، ولذلك أرسل النبى جيوشه لقتال الروم فى الشام ، وجهز وهو فى مرض الموت جيشاً فيه وزيراه : أبو بكر ، وعمر » (١) .

وهكذا فإنه يظهر من الرد إلى السنة أن قتال النبى - ﷺ - كان بمثابة التطبيق الفعلى والترجمة العملية لما تقرر بالقرآن من الإذن بالقتال(الحرب) حال وقوع الاعتداء أو توقعه ، وحال المنع من بلوغ دعوة الإسلام إلى مسامع الناس .

وهذا معناه : أن الأصل فى العلاقات هو السلم حتى توجد أسباب القتال ودواعيه، فتكون الحرب .

وبناء على هذا النظر : أن الأصل فى العلاقات السلم لا الحرب- فإنه تكون الأمم والدول غير المسلمة التى لم تبدأ المسلمين بعدوان، ولم تتعرض لدعاة الإسلام وتركتهم أحراراً يعرضون دينهم على من يشاءون- آمنة لا يحل قتالها ، ولا قطع علاقتها السلمية ،ويبقى الأمان بينها وبين المسلمين ثابتاً إلى أن يطرأ ما يهدم هذا الأساس : أن الأصل فى العلاقات السلم ، وذلك كأن يعتدى على المسلمين أو دعوتهم ، فتكون الحرب .

هذا هو ما يدل عليه الرد إلى السنة .

والحاصل من مجموع ما ذكر أن الرد إلى القرآن والسنة يدل على أن الأصل فى العلاقات بين دار الإسلام وغيرها من الدول هو السلم لا الحرب، وإنما الحرب شيء عارض تعرض حيث تكون أسبابها ودواعيها ، وترتفع

---

(١)- العلاقات الدولية فى الإسلام للشيخ أبى زهرة (٥٠) .

حيث ترتفع هذه الأسباب والدواعى [1] .

وبهذه التقدمة نكون قد وقفنا على حقيقة هذين المصطلحين : « دار الإسلام »، و« دار الحرب »، وعلى المبررات التى انتهت بالنظر الفقهى الأول إلى هذا التقسيم ، وأنه لم يعد لهذه المبررات وجود فى واقعنا المعاصر مما ينبنى عليه تغيُّر النظر ، ونكون كذلك قد تبين لنا أن الأصل فى العلاقة بين دولة الإسلام وغيرها من الدول هو السلم.

وبعد هذا فإنه ينتقل البحث إلى الحديث عن الضرر فى العلاقات الدولية

---

(١)- وهذا النظر الفقهي هو ما ترجح عند الباحثين المعاصرين منهم الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه«السياسة الشرعية»، والشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «العلاقات الدولية في الإسلام »، والشيخ رشيد رضا في كتابه «الوحي المحمدي»، والدكتور وهبة الزحيلي في كتابه«العلاقات الدولية في الإسلام». وقد عارض ذلك بشدة الدكتور عبد الكريم زيدان حيث يري أن الأصل في العلاقات هو الحرب لا السلم، لكنه قرر في نهاية الأمر : أنه يجب التفريق بين أمرين : الأمر الأول اعتراف الدولة الإسلامية بغيرها من الدول اعترافًا واقعيًا علي أساس وجودها المادي المحسوس، فهذا لاشيء فيه، ويجوز علي أساس هذا الاعتراف أن تعقد الدولة المسلمة مع هذه الدول المعاهدات وما يترتب عليها من الالتزامات.

والأمر الثاني : الاعتراف الشرعي ، فلا يجوز للدولة المسلمة أن تعترف اعترافًا شرعيًا بوجود الدول غير الإسلامية، بل لا بد من إبطال هذه الكيانات ولو بالحرب والقتال ، وهنا فإنه يرد علي الذهن هذا التساؤل : هل الاعتراف الواقعي من الدولة المسلمة بوجود الدول غير الاسلامية أمر تقره الشريعة أو لا ؟ فإذا كان الجواب بالإثبات ، وهو الحاصل هنا حيث الحكم بجواز الاعتراف الواقعي - فما هو إذًا الاعتراف الشرعي الذي لا يجوز و الذي علي أساسه يكون الأصل في العلاقة هو الحرب لا السلم ؟ وهل يمكن أن تجيز الشريعة الاعتراف بالدول غير المسلمة من جهة الواقع وما ينبني علي ذلك من جواز المسالمة والموادعة، ثم هي في الوقت نفسه تبطل وجود هذه الدول وتنظر إليها علي أنها كيانات باطلة لا تستحق البقاء فيجب أن تزول ولو بالحرب والقتال ؟!

انظر: مجموعة بحوث فقهية للدكتور عبد الكريم زيدان (ص ٥٢، وما بعدها) . مكتبة القدس - مؤسسة الرسالة .

مفهوم الضرر في العلاقات الدولية:

ابتداء فإنه يقرر البحث – وذلك على ضوء ما عرض له من مباحث سابقة – أن الضرر فى الشريعة الإسلامية يقوم على هذا الأساس : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة للمضرور على وجه التعدى ، فإذا ما روعيت مثل هذه المصلحة بالحفظ ولم يُخَلَّ بها – لم يوجد ضرر.

ومن هنا فإن الضرر يتقرر – فى هذا المبحث – إذا ما أخل الحاكم المسلم ، أو أحد عماله، أو أحد رعاياه بما توجبه الشريعة الإسلامية من الحقوق – وما يتعلق بها من المصالح – فى الشئون الدولية– للدولة الأخرى (١) .

ومثل هذا يكون فيما إذا أخلت الدولة الأخرى بما التزمت به للمسلمين من الحقوق وما يتعلق بها من المصالح .

وبهذا فإنه يكون المقصود بالضرر فى العلاقات الدولية : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة–بموجب الشريعة ، أو بموجب العهد الذى تقره– للدولة المعاهدة، أو لمن يمثلها من العمال، أو لأحد رعاياها (٢) .

والبحث يوجز القول في ذلك من خلال هذه المطالب الثلاثة :

المطلب الأول : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة – بموجب الشريعة، أو بموجب العهد الذى تقره – للدولة المعاهدة.

---

(١)– انظر : قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية (ص ٦٨٠/ ف ٩٠٨) للدكتور جعفر عبد السلام. طبعة : مكتبة السلام العالمية ، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ– ١٩٨١م.
وانظر : (ص٦٦١/ ف٨٧٦) من نفس هذه المصدر.

(٢)– المصدر السابق ، وانظر : القانون الدولي العام للدكتور/ حامد سلطان (ص ٢٨٧، وما بعدها) . ط : دار النهضة العربية سنة ١٩٦٢م. حيث قرر أنه يرجع الضرر في العلاقات الدولية إلى إخلال أحد أشخاص القانون الدولي بما التزمه من تعهد . هذا بقطع النظر عن كون هذا التعهد تقره الشريعة أو لا تقره بخلاف الوجهة الإسلامية التي تشترط لاعتبار ذلك ضرراً أن يكون العهد الملتزم مما تقره الشريعة

إذا التزمت الدولة المسلمة لغيرها من الدول عهداً ما ، فإنه يلزمها الوفاء بهذا العهد ما دامت الشريعة تقره وتوافق عليه ، يدل على ذلك هذا العدد المتضافر من النصوص القرآنية والحديثية .

فمن النصوص القرآنية قول الله – تعالى – ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُود .... ﴾(١) ، وقوله : ﴿ وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ... ﴾(٢) ، وقوله ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ... ﴾(٣) ، وقوله : ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾(٤) .

ومن النصوص الحديثية ما أخرجه البخارى فى صحيحه – فى كتاب : الجزية والموادعة ، باب: «إثم من عاهد ثم غدر»– عن عبد الله بن عمرو – رضى الله عنهما – قال : قال رسول الله –ﷺ– : «أربع خصال من كن فيه كان منافقًا خالصًا : من إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر..... »(٥) .

وعن على – رضى الله عنه – قال : قال النبى – ﷺ– : « .... ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ، فمن أخفر مسلمًا – أى : نقض عهده – فعليه لعنة الله ، والملائكة، والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل ... »(٦) ، وأخرج فى باب : « إثم الغادر» عن عبد الله بن عمر ،

---

(١)– آية (١) سورة المائدة .

(٢)– آية (١٥٢) سورة الأنعام.

(٣)– آية (٩١) سورة النحل.

(٤)– آية (٣٤) سورة الإسراء.

(٥) ، (٦)– البخاري مع الفتح (٦/ ٣٢٢، ٣٢٣).

وعن أنس – رضى الله عنهما – عن النبى – ﷺ – قال : «لكل غادر لواء يوم القيامة . قال أحدهما : ينصب – وقال الآخر : يرى – يوم القيامة، يعرف به »[1] .

وأخرج أبو داود عن سليم بن عامر قال : كان بين معاوية وبين الروم عهد ، وكان يسير نحو بلادهم ، حتى إذا انقضى العهد غزاهم، فجاء رجل على فرس ، أو برذون ، وهو يقول : الله أكبر، وفاء لاغدر ، فنظروا ، فإذا عمرو بن عبسة، فأرسل إليه معاوية ، فسأله؟ فقال : سمعت رسول الله – ﷺ – يقول : « من كان بينه وبين قوم عهد ، فلا يشد عقدة ، ولا يحلها حتى ينقضى أمدها، أو ينبذ إليهم على سواء»،[2] فرجع معاوية .

ففى هذه الأحاديث من الفقه : أن العقد يرعى مع الكافر كما يرعى مع المسلم، وأن الكافر إذا عقد عقد أمان مع مسلم فقد وجب على المسلمين أن يؤمنوه ، وأن لا يغتالوه فى دم ، ولا مال ، ولا منفعة ، وأن الغدر محرم – باتفاق – تحريمًا مغلظا، لاسيما من صاحب الولاية العامة (الخلفاء، والأمراء)، لأن غدره يتعدى ضرره إلى خلق كثيرين [3] .

قال القرطبى : قال علماؤنا – رحمة الله عليهم – إنما كان الغدر فى حق الإمام أعظم وأفدح منه فى غيره ؛ لما فى ذلك من المفسدة؛ فإنهم إذا غدروا – أى : أئمة المسلمين – ولم ينبذوا بالعهد، لم يأمنهم العدو على

---

(١)- البخاري مع الفتح (٦/ ٣٢٧)، وأخرجه مسلم في صحيحه : مسلم بشرح النووي (٤/ ٣٣٧، ٣٣٨) كتاب الجهاد والسير ، باب : «تحريم الغدر» .

(٢)- مختصر سنن أبي داود للمنذري مع معالم السنن (٤/ ٦٣) كتاب الجهاد، باب : «الإمام يكون بينه وبين العدو عهد فيسير إليه» .

(٣)- انظر : معالم السنن للخطابي (٤/ ٦٣) ، وشرح النووي علي مسلم (٤/ ٣٣٨)، وفتح الباري لابن حجر (٦/ ٣٢٣)، والعلاقات الدولية في الإسلام للشيخ محمد أبي زهرة (٤٠، ٨٠) ، والعلاقات الدولية في الإسلام للدكتور وهبة الزحيلي (١٣١، وما بعدها). ط : مؤسسة الرسالة .

عهد ولا صلح ، فتشتد شوكته ويعظم ضرره ، ويكون ذلك منفراً عن الدخول في الدين ، وموجباً لذم أئمة المسلمين [١] .

وهكذا فإنه يظهر من هذا العدد من النصوص أنه يعد ضرراً معتبراً – من الوجهة الشرعية – كل إخلال بعهد لازم الوفاء نظراً لمحتواه الذى يوافق الشريعة ولا يتصادم معها .

ولمذاهب الفقه بعض التفصيلات بهذا الخصوص ، والبحث يعرض لذلك وفق ما يلى :

أولاً : مذهب الحنفية :

يقرر الفقه الحنفى أنه للإمام (رئيس الدولة المسلمة) أن يعقد عقد صلح مع دولة غير مسلمة إذا كان فى ذلك مصلحة للمسلمين .

جاء فى بداية المبتدى أنه « إذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب، أو فريقًا منهم ، وكان فى ذلك مصلحة للمسلمين ، فلا بأس به »[٢] . ويعلل الحنفيه ذلك بأن الله – تعالى – قال : ﴿ وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللهِ ﴾ [٣] .

وبأن النبى – ﷺ – وادع أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ، وبأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ؛ لأن المقصود – أى : بالجهاد – وهو : دفع الشر، حاصل به .

---

(١)- تفسير القرطبي (٤/ ٢٨٧٢).

(٢)- بداية المبتدي مع الهداية (٢/ ١٣٨) ، وانظر : متن القدوري (١١٤)، والفتاوى الهندية (٢/ ١٩٦) ، وبدائع الصنائع (٧/ ١٠٨، ١٠٩)، والدر المختار مع رد المحتار(٤/ ١٤٤).

(٣)- آية (٦١) سورة الأنفال .

هذا والحنفية يرون : أنه لا يقتصر الحكم على المدة المروية (أى : على عشر سنين فقط) ؛ لتعدى المعنى إلى ما زاد عليها ، بخلاف ما إذا لم يكن (أى : الصلح) خيراً ؛ لأنه ترك الجهاد صورة ومعني(١) .

فإذا تغيرت الحال وصار الاستمرار فى المعاهدة وأحكامها ضد مصلحة المسلمين يجوز نبذها ، ورد من عاهدوه ، ولكن يجب إعلانه بذلك .

جاء فى الهداية أنه : إن صالحهم مدة – يعنى : الإمام – ثم رأى نقض الصلح أنفع ، نبذ إليهم، وقاتلهم ؛ لأنه – عليه الصلاة والسلام – نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة ؛ ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً ، وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ، فلا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر، وقد قال – ﷺ – : « فى العهود وفاء لا غدر » (٢) ، ولابد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم ، ويكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ؛ لأن بذلك ينتفى الغدر (٣) .

والذى يلاحظ أن الفقه الحنفى يضع هذا العدد من الضوابط لنبذ العهد ، حتى لا يكون هذا النبذ ضرراً معتبراً موجباً للمسئولية فى الدنيا وكذلك حتى لا يكون غدراً محرماً موجباً للإثم فى الآخرة .

الضابط الأول : تبدل المصلحة التى كانت السبب الرئيسى من وراء عقد المعاهدة؛ ذلك أن المعاهدة كانت الالتزامات فيها مبنية على حال قائمة

---

(١)- انظر الهداية (٢/ ١٣٨).

(٢)ـ تقدَّم تخريجه من حديث عمرو بن عبسة.

(٣)- الهداية (٢/ ١٣٨)، وانظر : الفتاوي الهندية (٢/ ١٩٧) ، ورد المحتار (٤/ ١٤٤) ، والقدوري (١١٤).

وتحصيل مصالح معينة مرتبطة بهذه الحال ، فإذا تغيرت هذه الحال وتبدلت المصالح المرتبطة بها ، فقد أصبحت المعاهدة لاموضوع لها، ومن ثم لا يكون للالتزام بها معنى ، وهذا ما يعبر عنه اليوم بمصطلح « الفسخ للظروف الطارئة » .

الضابط الثاني : لابد من النبذ تحرزا عن الغدر .

والأصل فى هذا قول الله – تعالى – : ﴿ **وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ** ﴾ (١).

قال الجصاص الحنفى : يعنى – والله أعلم – إذا خفت غدرهم ، وخدعتهم ، وإيقاعهم بالمسلمين ، وفعلوا ذلك خفيا ، ولم يظهروا نقض العهد ، فانبذ إليهم على سواء يعنى ألق إليهم فسخ ما بينك وبينهم من العهد والهدنة ، حتى يستوى الجميع فى معرفة ذلك، وهو معنى قوله « على سواء » ؛ لئلا يتوهموا أنك نقضت العهد بنصب الحرب (٢) .

الضابط الثالث : أن يكون النبذ على الوجه الذى كان العهد عليه ، فإن كان العهد منتشرًا مبذولا من الإمام يجب أن يكون النبذ كذلك، وهذا بخلاف ما لو كان العهد غير منتشر بأن بذله أحد المسلمين سرًا ، فإنه يكتفى بنبذ ذلك الواحد .

الضابط الرابع : أنه بعد النبذ لايجوز قتالهم حتى يمضى عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته : فإن كانوا خرجوا من

---

(١)- آية (٥٨) سورة الأنفال.

(٢)- أحكام القرآن (٤/ ٢٥٢) . وانظر : رد المحتار على الدر المختار(٤/ ١٤٤) ، والبدائع ا(٧/ ١٠٩).

حصونهم وتفرقوا فى البلاد ، وفى عساكر المسلمين ، أو خربوا حصونهم بسبب العهد بينهم وبين المسلمين ، فحتى يعودوا كلهم إلى مأمنهم ، ويعمروا حصونهم مثل ما كانت ؛ توقيًا من الغدر.

ولا ينبغى للمسلمين أن يغيروا عليهم ولا على أطراف بلادهم قبل ذلك ، أو ما دام الصلح باقيًا (١) .

وهذا بخلاف ما لو بدأوا بخيانة ، فإنهم يقاتلون ، ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم ؛ ولا ينظر إلى ذلك على أنه ضرر معتبر ؛ لأنهم صاروا ناقضين للعهد .

أما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق على المسلمين ، ولا منعة لهم، لا يكون هذا نقضًا للعهد ، ولو كانت لهم منعة، وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضًا للعهد فى حقهم دون غيرهم ؛ لأنه بغير إذن ملكهم ، ففعلهم لا يلزم غيرهم، حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد باتفاقهم معنى (٢) .

وهذا معناه : أن الفقه الحنفى ينظر إلى مؤاخذة الدولة بفعل البعض على أنه ضرر معتبر فيمنع منه . هذا إذا لم توجد قرائن وأمارات تدل على أن فعل البعض مأذون فيه من الدولة .

كذلك فإنه من معنى الوفاء بالعهد فى الفقه الحنفى : أنه إذا عاهدهم الإمام على جُعْلٍ أخذه منهم ، ثم بدا له أن ينبذ إليهم - وذلك وفق ما سبق - فإنه يبعث إليهم بحصة ما بقى من المدة من الجعل الذى

---

(١)- انظر : الهداية (٢/ ١٣٨)، والفتاوى الهندية (٢/ ١٩٧).

(٢)- انظر : الهداية (٢/ ١٣٩) ، والبدائع (٧/ ١٠٩).

أخذه ؛ لأنهم إنما أعطوه ذلك بمقابلة العهد فى كل المدة ، فإذا فات بعضها لزم الرد بقدر الفائت [١] ، وإلا فإنه يكون استبقاء كل الجعل إضراراً بالمعاهد .

فإذا انتقض العهد أو انقضى ، وتبدل الحال من المسالمة والموادعة إلى المحاربة والمقاتلة ، فيقرر الفقه الحنفى هذه الحقوق - الواجبة بالشريعة - للعدو ؛ ذلك أن الحرب - المشروعة فى الفقه- تحكمها هذه القيم الرفيعة التى أرسى الإسلام قواعدها، وثبت بنيانها ، بحيث لو جاوزت الحرب هذه الحدود المرسومة بناء على هذه القيم الأخلاقية تسلب منها صفة المشروعية، ويصبح المحارب مسئولا عن فعله ومؤاخذًا عليه من قبل الله - عز وجل -، وتلك مسئولية شديدة يخافها المسلم ، وترتجف لها أوصاله، حتى إنه يعمل جاهداً على توقيها وعدم الوقوع فيها .

وهذه الحقوق هى : أن لا يغدر المسلمون بالعدو ، ولا يمثلوا به ، ولا يقتلوا امرأة ، ولا صبيًا، ولا شيخًا فانيًا ، ولا مقعداً ، ولا أعمي؛ لأن المبيح للقتل فى الفقه الحنفى هو الحراب، وهؤلاء ليس يتحقق منهم الحراب؛ ولهذا لايقتل يابس الشق، والمقطوع اليمني، والمقطوع يده ورجله من خلاف .

هذا بشرط أن لا يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب، أو بأن تكون المرأة ملكة؛ لتعدى ضررها إلى العباد [٢] .

---

(١)- انظر : البدائع (٧/ ١٠٩).

(٢) -انظر: الهداية (٢/ ١٣٧، ١٣٨)، والقدورى (١١٤) ، والفتاوى الهندية (٢/ ١٩٤)، ورد المحتار مع الدر المختار (٤/ ١٤١ , ١٤٢). وأصل هذا ما روى فى السنة ، فقد أخرج أبو داود فى سننه أن النبى - ﷺ - مر على امرأة مقتولة فى بعض مغازية ، قد وقف عليها الناس، فقال : «ما كانت هذه لتقاتل»، وقال لأحدهم : « الحق خالدًا ، فقل له لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا » ، وكان يقول : « لا تقتلوا شيخًا فانيًان ولا طفلا صغيراً ، ولا امرأة» .

مختصر سنن أبى داود مع المعالم(٤/ ١٣)كتاب المغازى ، باب: «فى قتل النساء».

وبهذا فإنه يكون البحث قد فرغ من بيان وجهة الفقه الحنفى بخصوص الإخلال بمايلتزمه المسلمون من العهود مع غيرهم ، وما يكون من ذلك ضرراً معتبراً يحكم بمنعه، وما ليس كذلك ، وننتقل الآن إلى حيث الفقه المالكى لنطالع وجهته بهذا الخصوص.

ثانياً : المذهب المالكى :

يرى المالكية أنه يجوز للإمام أن يعقد عقد صلح مع دولة غير مسلمة إذا كان فى ذلك مصلحة للمسلمين

قال ابن رشد : «وممن قال بإجازة الصلح إذا رأى الإمام ذلك مصلحة: مالك» (١) .

ولكن لذلك شروط أربعة :

الشرط الأول : أن يحتاج إلى هذا ، فإن كان لغير مصلحة لم يجز ولو بذل غير المسلمين فى ذلك مالا ، وإن كان لمصلحة : كان يعجز المسلمون عنهم، أو فى وقت خاص فيجوز بعوض، وبغير عوض على ما يكون سداداً للمسلمن .

الشرط الثانى : أن يكون العاقد لهذا الإمام ، أو نائبه لا غير .

الشرط الثالث: أن يخلو هذا عن شرط فاسد : كترك مسلم فى أيديهم ، أو بذل مال لهم من غير خوف ، ويجوز مع الخوف .

---

(١)- بداية المجتهد (٢/ ٥٣٠).

قال ابن عرفة فى تعريف هذا العقد: إنه عقد المسلم مع الحربى على المسالمة . أى : المتاركة، مدة ليس هو فيها تحت حكم الإسلام.

انظر : أسهل المدارك للكشناوى (٢/ ١٨) ، والمواق (٣/ ٣٨٦).

الشرط الرابع : أن لا يزاد على المدة التى تدعو إليها الحاجة ، وذلك على حسب الاجتهاد . وقال أبو عمران : يستحب أن لا يزاد على أربعة أشهر إلا مع العجز (١) .

فإن استوفى العقد هذه الشروط لزم الوفاء به وبشروطه الصحيحة . قال الكشناوى : « ووجب الوفاء بما عاهدناهم عليه » (٢) .

وهذا معناه : أن الفقه المالكى ينظر إلى الإخلال بمثل هذا العقد على أنه ضرر معتبر تجب به المسئولية تجاه المضرور (٣) .

والمالكية – هنا – لا يرون ما قرره الفقه الحنفى من جواز نبذ العقد إذا تبدلت المصلحة ، بل هم على لزوم العقد حتى يبلغ مدته المقدرة .

وهذا بخلاف ما إذا استشعر الإمام خيانتهم بأن ظنها ظنًا قويا بظهور دلائلها ، فإنه ينبذ العهد إليهم قبل المدة ، ويعلمهم وجوبًا أنه لا عهد لهم، فإن تحقق خيانتهم نبذه بغير إنذار .

والأصل فى هذا قوله – تعالى – : ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ ﴾ (٤) .

---

(١)- انظر : القوانين الفقهية (١٣٥)، وأسهل المدارك (٢/ ١٨) والخرشى على خليل (٣/ ١٥٠، ١٥١)، والمواق (٣/ ٣٨٦)، والكافى (ق١/ ٢١٠).

(٢)- أسهل المدارك (٢/ ١٨) ، وانظر: القوانين (١٣٥)، والخرشى (٣/ ١٥١). وقد ذهب المالكية فى ذلك إلى أنهم إذا اشترطوا أن يرد إليهم من جاءنا منهم مسلمًا من الرجال، فإنه يوفى لهم بذلك؛ وفاء بالعهد، وأما النساء فإنه لا يجوز ردهن إليهم ؛ لقوله – تعالى – : ﴿ فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار.....﴾ آية (١٠) سورة الممتحنة .

(٣)- ذكر صاحب الكافى ما يدل على أنه لو قتل المسلم المهادن بعد عقد الهدنة والصلح لزمته ديته، فإن كان القاتل كافراً كالمقتول ، وهو من رعايا الدولة المسلمة : كأهل الذمة ، فإنه يقتل به ، تقتله الدولة قصاصًا. انظر: الكافى (ق١ / ٢١٠).

(٤)- آية (٥٨) سورة الأنفال.

والمعنى : وإما تخافن من قوم – بينك وبينهم عهد – خيانة : بأن ظهرت دلائلها ، فانبذ إليهم العهد لئلا يوقع التمادى عليه فى الهلكة ، وذلك بأن يقول لهم : قد نبذت إليكم عهدكم، وأنا مقاتلكم ؛ ليعلموا ذلك ، فيكونوا معه في العلم سواء، ولا يقاتلون وبيننا وبينهم عهد وهم يثقون بنا ، فيكون ذلك خيانة وغدراً (١) .

قال ابن العربى : فإن قيل كيف يجوز نقض العهد مع خوف الخيانة، والخوف ظن لا يقين معه ، فكيف يسقط يقين العهد بظن الخيانة؟!

فعن ذلك جوابان :

أحدهما : أن الخوف – هنا هنا – بمعنى اليقين ، كما يأتى الرجاء بمعنى العلم ، كقوله – تعالى – : ﴿ مَا لَكُمْ لا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَارًا ﴾ (٢) .

والثاني : أنه إذا ظهرت آثار الخيانة، وثبتت دلائلها وجب نبذ العهد ؛ لئلا يوقع التمادى عليه فى الهلكة ، وجاز إسقاط اليقين هناهنا للضرورة(٣) .

وبهذا فإنه يظهر : أن نبذ العهد عند خوف الخيانة لا يكون ضرراً بالمعاهد إذا جرى على النحو الذى أفادته الآية .

فإن انقضى العهد بأن بلغ مدته ، أو نقض لخوف الخيانة ، وكانت الحرب ، فإن الفقه المالكى يقرر هذه الحقوق – الواجبة بالشريعة – للعدو ، والتى حاصلها : أنه لا تقتل امرأة، ولا صبى إلا إن قاتلوا ، ويعتبر فى

---

(١)- راجع تفسير القرطبى (٤/ ٢٨٧١).

(٢)- آية (١٣) سوة نوح

(٣)- أحكام القرآن (٢/ ٨٧٣، ٨٧٤).

الصبيان الإنبات ، وقيل الاحتلام ، ولا يقتل الرهبان ، ولا أهل الصوامع ، ولا الشيخ الفانى ، إلا أن يخاف منهم أذى أو تدبير ، ولا يقتل الأعمى ، والمعتوه ، والزمن [١] .

ويعلل المالكية لذلك بأن «الأصل منع إتلاف النفوس ، وإنما أبيح منه ما يقتضى دفع المفسدة، ومن لا يقاتل – ولا هو أهل له فى العادة – ليس فى إحداث المفسدة كالمقاتلين، فرجع الحكم فيهم إلى الأصل، وهو المنع».

فإن قتل واحد من هؤلاء نظر إلى ذلك على أنه ضرر معتبر يستوجب الإثم ولا دية ولا كفارة ؛ لأنهم من قوم محاربين [٢] .

تلك هى وجهة الفقه المالكى بخصوص الإخلال بما يلتزمه المسلمون من العهود مع غيرهم ، وما يكون من ذلك ضرراً معتبراً يحكم بمنعه ، وما ليس كذلك ، ونعرض فيما يلى لوجهة الفقه الشافعي :

ثالثًا : المذهب الشافعي :

يجوز عند الشافعية أن يعقد الإمام عقد مسالمة وموادعة مع دولة أخرى غير مسلمة ، وذلك بأربعة شروط .

الشرط الأول : أن يتولاه الإمام بنفسه ، أو نائبه .

الشرط الثانى : أن يكون للمسلمين إليه حاجة ، وفيه مصلحة .

الشرط الثالث : أن يخلو عن الشروط الفاسدة ، فإن عقدها على أن لا ينتزع أسرى المسلمين منهم ، أو يرد إليهم المسلم الذى أسروه وأفلت

---

(١)- انظر : جواهر الإكليل(١/ ٢٥٣) ، والقوانين (ص ١٢٧).

(٢)- السابق .

منهم ، أو شرط ترك مال مسلم فى أيديهم ، فهذه شروط فاسدة ، تفسد مثل هذه العقد .

الشرط الرابع : أن يقتصر على المدة المشروعة، ويرجع فى تحديد المدة إلى الحال التى عليها المسلمون ، وذلك بما جملته : أنه إما لا يكون بالمسلمين ضعف ، وإما يكون بهم ضعف .

فإن لم يكن بالمسلمين ضعف ، ورأى الإمام المصلحة فى عقد المسالمة، فالمدة المنصوص عليها أربعة أشهر فأقل ، ولا يجوز أكثر من سنة قطعاً ، ولا سنة على المذهب ولا ما بينها وبين أربعة أشهر على الأظهر .

وإن كان بالمسلمين ضعف جازت الزيادة إلى عشر سنين بحسب الحاجة ، ولا تجوز زيادة على العشر ، لكن إن انقضت المدة والحاجة باقية ، استؤنف العقد(١) . قال النووى : «فإذا قلنا : لا تجوز الزيادة على عشر ، فهادن مطلقا ، فالعقد فاسد . .، ويجوز أن لا يوقف الإمام الهدنة – أى : على مدة–، ويشرط انقضاءها متى شاء» (٢) .

ومتى فسد العقد لزيادة المدة ، أو للشرط الفاسد، لا يمضى ، بل يجب نقضه ، لكن لا يجوز اغتيالهم ، بل يجب إنذارهم ، وإعلامهم ؛ ذلك أن اغتيالهم – قبل إعلامهم بالنقض– استناداً إلى فساد عقد المسالمة، لا تنتفى به المسئولية، بل ينظر إليه على أنه ضرر معتبر يوجب المسئولية تجاه المضرور .

---

(١)- انظر : مختصر المزنى بهامش الأم (٥/ ٢٠١)، وروضة الطالبين (١٠/ ٣٣٤، وما بعدها)، والمهذب (٢/ ٣٣٢، وما بعدها)، وشرح المنهاج للمحلى (٤/ ٢٣٧)، ومغنى المحتاج (٤/ ٢٦٠).

(٢)- الروضة (١٠/ ٣٣٦، ٣٣٧).

أما إذا وقع العقد صحيحًا ، فإنه يكون موجبًا للوفاء بالكف عنهم إلى انقضاء المدة [1] .

ويؤكد الفقه الشافعي على هذا الأمر : وجوب الوفاء بما جرى من العقد، حتى إنه إذا هادن الإمام مدة لضعف وخوف اقتضاها ، ثم زال الخوف، وقوى المسلمون ، لم يكن ذلك مسوغًا للنقض، بل يجب الوفاء بما جرى [2] .

وهنا فإنه يلاحظ مخالفة الفقه الشافعي للفقه الحنفي في هذا الأمر ؛ ذلك أن الحنفية ذهبوا إلى أنه يجوز للإمام نبذ عقد المسالمة إذا رأى أن النبذ أصلح للمسلمين وأنفع.

وهذا يدلنا على أن الفقه الشافعي ينظر إلى الإخلال بالوفاء بالعقد الصحيح الذي تقره الشريعة- على أنه ضرر معتبر يوجب ضمان ما تولد عنه .

قال في المهذب : « ويجب على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة – أي: رعايا الدولة المسلمة ممن لا يدينون بالإسلام – ضمان أنفسهم – أي: المعاهدين – وأموالهم ، والتعزير بقذفهم ؛ لأن الهدنة تقتضي الكف عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ، فوجب ضمان ما يجب في ذلك » [3].

وقال النووي : « لو أتلف مسلم ، أو ذمي – من رعايا الدولة المسلمة – على مهادن نفسًا ، أو مالاً، ضمنه ، وإن قذفه عزر» [4] .

---

(١)- الروضة (١٠/ ٣٣٦، ٣٣٧) ، وانظر : المهذب (٢/ ٣٣٤).

(٢)- انظر : الروضة (١٠/ ٣٣٩).

(٣) ، (٤) المهذب (٢/ ٣٣٤، ٣٣٥) ، وانظر : الروضة (١٠/ ٣٤٩).

لكن إذا استشعر منهم الإمام الخيانة، وظهرت أمارة تدل على ذلك، فنقض إليهم عهدهم ، فليس يكون ذلك نقضاً محرماً، ولا ضرراً معتبراً .

والأصل فى هذا – كما تقدم – قول الله – تعالى – ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ ﴾ (١) . قال الشافعى : نزلت – يعني : الآية – فى أهل هدنة بلغ النبى – ﷺ – عنهم شيء ، استدل به على خيانتهم ..، فإذا جاءت دلالة على أنه لم يوف أهل الهدنة بجميع ما عاهدهم عليه ، فله أن ينبذ إليهم ، ومن قلت : له أن ينبذ إليه، فعليه : أن يلحقه بمأمنه، ثم له : أن يحاربه كما يحارب من لا هدنة له (٢) .

وهذا بخلاف ما لو نقض بعضهم ، فإنه ينظر ، فإن أنكر الآخرون على الناقضين بقول ، أوفعل : بأن اعتزلوهم ، أو بعثوا إلى الإمام بأنا مقيمون على العهد ، لم ينتقض.

ومفاد هذا : أن الفقه الشافعى يرى أنه يكون ضرراً معتبراً نقض عهد الباقين بنقض البعض ، وذلك إذا ما أنكر الباقون على الناقضين ، سواء كان الإنكار بقول أم بفعل.

فإن لم ينكر الباقون على الناقضين بقول ، ولا فعل ، بل ساكنوهم وسكتوا، انتقض عهد الجميع ، ولم يكن ذلك ضرراً معتبراً (٣) .

وحيثما نقض العهد ، أو انتقض بانقضاء المدة، وقامت الحرب ، فإن الفقه الشافعى يقرر للعدو هذه الحقوق – الواجبة بالشريعة – والتى حاصلها : أنه يحرم قتل النساء ، والصبيان ، والمجانين ، والخناثى مالم يقاتلوا، فإن قاتلوا جاز قتلهم .

---

(١)ـ آية (٥٨) سورة الأنفال.

(٢)- أحكام القرآن للإمام الشافعى (٢/ ٧٢). ط: دار الكتب العلمية – بيروت.

(٣)- انظر : الأم (٤/ ١٠٧)، والروضة (١٠/ ٣٣٧).

وعند الشافعية قولان بشأن قتل الراهب – شيخًا كان أو شابًا – والأجير، والمحترف المشغول بحرفته ، والشيخ الضعيف، والأعمى ، والزمن، مقطوع اليد والرجل : «أحدهما» : لا يجوز قتلهم، «والثاني» : يجوز ، وهو الأظهر(١) . وبناء عليه فإنه يكون قتل النساء ، والصبيان ، والمجانين ، والخناثى – الذين لم يقاتلوا ضررًا معتبرًا موجبًا للإثم .

ومثل هذا يكون فيما لو قتل الراهب ونحوه – ممن ذكر الخلاف بشأنهم – إذا قلنا بأنه لايجوز قتلهم .

تلك هى جملة وجهة الفقه الشافعى بخصوص الإخلال بما يعقده المسلمون مع غيرهم ومايكون من ذلك ضررًا معتبرًا موجبًا للمسئولية ، وما ليس كذلك ، والبحث يتحول بعد هذا إلى حيث الفقه الحنبلى ؛ لنطالع وجهته بهذا الخصوص .

رابعًا : المذهب الحنبلى :

يصح فى الفقه الحنبلى أن يعقد الإمام أو نائبه عقد مهادنة وموادعة مع دولة أخرى غير مسلمة للحاجة، أو المصلحة، وذلك مدة معلومة .

وعقد الهدنة لا يفسد بالشرط الفاسد ، بل يبقى العقد لازمًا ، ويبطل الشرط فقط لمنافاته لمقتضى العقد : وذلك كأن يشترط أن له النقض متى شاء، أو أن ترد النساء المسلمات .

ويلزم الإمام الوفاء بهذا العقد والالتزام بمقرراته إلى نهاية المدة (٢) .

---

(١)- انظر: الروضة (١٠/ ٢٤٣).

(٢)- انظر : المغنى (٩/ ٢٩٦، وما بعدها) . ط: القاهرة ، وكشاف القناع (٣/ ١١١)، والفروع (٦/ ٢٥٣، وما بعدها).

وهذا معناه : أنه يكون الإخلال بالوفاء بهذا العقد ضرراً معتبراً موجبًا للمسئولية فى الفقه الحنبلي .

قال فى كشاف القناع: «يجب على الإمام حماية من هادنه – يعني: من أى اعتداء يقع عليهم فى أنفسهم ، أو أموالهم، أو أعراضهم – من المسلمين وأهل الذمة ؛ لأنه أمنهم ممن هو فى يده وتحت قبضته ، فلو أتلف أحد من المسلمين أو أهل الذمة عليهم شيئا ، فعليه الضمان»[1] .

وهذا بخلاف ما لو ظهرت منهم أمارات الخيانة، فإنه ينبذ إليهم عهدهم ولا يكون ذلك من الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه .

جاء فى المغنى أنه : إن خاف نقض العهد منهم جاز أن ينبذ إليهم عهدهم؛ لقول الله – تعالى – : ﴿ وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ ﴾ [2] . قال ابن قدامة : يعنى أعلمهم بنقض عهدهم حتى تصير أنت وهم سواء فى العلم ، ولا يكفي وقوع ذلك فى قلبه حتى يكون عن أمارة تدل على ما خافه ، ولا يجوز أن يبدأهم بقتال ولا غارة قبل إعلامهم بنقض العهد .. ؛ ولأنهم آمنون منه بحكم العهد ، فلا يجوز قتلهم ، ولا أخذ مالهم [3] .

وحيث تحرز الإمام فى نبذه للعهد بهذه الجملة من المحترزات التى أشار إليها ابن قدامة لم يكن هذا النبذ محرماً ، ولم يعتبر ضرراً .

فإن نقض العهد بعضهم ولم ينقض الجميع ، نظر ، فإن أنكر من لم ينقض على من نقض بقول ، أو فعل ، أو اعتزال ، أو بمراسلة الإمام بأنى

---

(١)- (٣/ ١١٥)، وانظر المغني(٩/ ٢٩٩). ط : القاهرة .

(٢)- آية (٥٨) سورة الأنفال.

(٣)- المغنى (٩/ ٢٩٩). ط : القاهرة .

مقيم على العهد، لم ينتقض العهد فى حقه؛ لعدم ما يقتضى نقضه منه، وينظر الفقه الحنبلى إلى نقض العهد مع من حاله تلك على أنه ضرر معتبر يحكم بمنعه .

فإن سكت الباقون عن الناقض ، ولم يوجد منهم إنكار ، ولا مراسلة الإمام ، ولا تبرؤ ، نقض العهد مع الكل ولم يعد ذلك ضرراً معتبراً يمنع منه[1] . وحيث ينقض العهد ، أو ينقضى ببلوغ المدة، وتتغير الحال من المسالمة والموادعة إلى القتال والمحاربة، فإن الفقه الحنبلى يلتزم هذه الحقوق – الواجبة بالشريعة – للعدو ، ولا يخل بواحد منها ؛ ذلك أن الإخلال بها يكون فى النظر الشرعى ضرراً معتبراً موجباً للإثم والعقوبة الأخروية .

وجملة هذه الحقوق: أن من لم يكن من أهل الممانعة والمقاتلة : كالنساء، والصبيان ، والراهب ، والشيخ الكبير، والأعمى ، والزمن ، ونحوهم – لا يقتلون إلا أن يقاتل أحدهم بقوله أو فعله ، لا أنهم يقتلون لمجرد الكفر [2] .

قال ابن تيمية فى تعليل ذلك : لأن القتال هو لمن يقاتلنا إذا أردنا إظهار دين الله، كما قال الله – تعالى – : ﴿ **وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ** ﴾[3] ...؛ وذلك أن الله – تعالى – أباح من قتل النفوس ما يحتاج إليه فى صلح الخلق ، كما قال – تعالى – ﴿ **وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ** ﴾[4] . أى : أن القتل وإن كان فيه شر

---

(١)- انظر : المغنى (٩/ ٢٩٩). ط: القاهرة ، وكشاف القناع (٣/ ١١٢، ١١٣).

(٢) انظر : المغنى (٩/ ٣١٠، وما بعدها) . ط: القاهرة ، والإنصاف(٤/ ١٢٨)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٨/ ٣٥٤).

(٣)- آية (١٩٠) سورة البقرة .

(٤)- آية (٢١٧) سورة البقرة .

وفساد ، ففى فتنة الكفار من الشر والفساد ما هو أكبر منه ، فمن لم يمنع المسلمين من إقامة دين الله لم تكن مضرة كفره إلا على نفسه ، فلا يقتل [1] .

وبهذا نكون قد وقفنا على وجهة الفقه الحنبلى بخصوص الإخلال بما يعقده المسلمون مع غيرهم ، ومايكون من ذلك ضرراً معتبراً موجباً للمسئولية ، وما ليس كذلك ، وننتقل بعد هذا إلى الفقه الزيدى ؛ لنطالع وجهته بهذا الخصوص .

خامساً : مذهب الزيدية :

يشرع فى الفقه الزيدى للإمام أن يعقد عقد مهادنة ومسالمة مع دولة أخرى غير مسلمة لمصلحة ، مدة مقدرة ، ويلزم الوفاء به إلى بلوغ المدة .

فإن أخل المسلمون بالالتزام ببنود هذا العقد اعتبر هذا الإخلال ضرراً موجباً للمسئولية.

ومثل هذا يكون فيما لو أخل غير المسلمين ، فإن إخلالهم بالوفاء ينظر إليه على أنه ضرر معتبر يسوغ للمسلمين نقض عهدهم ، فإن كانوا قد عاهدوا على رهائن منهم : نفوس ، أو أموال ، ملكها المسلمون بنكثهم . قال فى البحر معللا ذلك : « إذ هى أمانة، فيبطل حكمها بالنكث ، فتصير غنيمة ، كلو أخذت قهراً » [2] .

سادساً : مذهب الإمامية :

يجوز فى فقه الإمامية أن يعقد الإمام مع دولة أخرى غير مسلمة

---

(١)- مجموع الفتاوى (٢٨/ ٣٥٤، وما بعدها).

(٢)- انظر : البحر الزخار (٦/ ٤٤٦، ٤٤٧).

عقد مهادنة وموادعة، إذا تضمن ذلك مصلحة للمسلمين : كأن يكون المسلمون قلة؛ أو لما يحصل به الاستظهار ؛ أو لرجاء الدخول فى الإسلام مع التربص.

ومدة الهدنة الوجه فيها : مراعاة المصلحة ، ولا تصح إلى مدة مجهولة ، ولا مطلقا، إلا أن يشترط الإمام لنفسه الخيار فى النقض متى شاء.

ولو وقعت الهدنة على ما لايجوز فعله ، لم يجب الوفاء : مثل التظاهر بالمناكير، وإعادة من يهاجر من النساء ، فلو هاجرت ، وتحقق إسلامها، لم تعد ، لكن يعاد على زوجها ما سلم إليها من مهر خاصة إذا كان مباحًا ، ولو كان حرامًا لم يعد ، ولا قيمته .

فإن وقع عقد المهادنة صحيحًا لزم الوفاء ، ولم يجز الإخلال[1] .

وبهذا فإنه يظهر أن الإمامية ينظرون إلى الإخلال بالعهد الصحيح وعدم الوفاء به – على أنه ضرر معتبر يوجب المسئولية تجاه المضرور.

خلاصة القول :

وهكذا فإنه يتضح لنا من جملة ما ذكر من مذاهب العلماء : أنه يتفق الفقهاء على مشروعية المعاهدات مع الدول الأخرى غير المسلمة للحاجة، والمصلحة .

وأنه يلزم الوفاء بما تقرر من بنود المعاهدة إلى بلوغ المدة المحددة ، ويحرم الخلف.

---

(١)- انظر : شرائع الإسلام (١/ ٣٣٢، ٣٣٣) .

وأنه ينظر إلى الإخلال بالوفاء على أنه ضرر معتبر يوجب المسئولية تجاه المضرور .

لكن خالف الاجتهاد الحنفى فى هذا ، حيث رأى فقهاء الحنفية أن المعاهدات إنما شرعت بالنظر إلى ما يترتب عليها من المصلحة، فإذا تغيرت الحال ، وصار الاستمرار فى المعاهدة وأحكامها ضد مصلحة المسلمين ، جاز نبذها ، ورد من عاهدوه، وذلك وفق ما أشير إليه من الضوابط ، والتى هى بمثابة التحرز من أن يكون هذا النبذ خيانة وغدراً.

والذى يبدو لى أن ما عليه الجمهور من لزوم الوفاء إلى بلوغ المدة – ما لم تخف الخيانة من المعاهدين – هو الأولى بالاتباع ؛ لأنه الذى تدل عليه النصوص القرآنية ، والأحاديث النبوية التى ذكرنا بعضها فيما تقدم ؛ ولأن الوفاء فى ذاته قوة ومصلحة ، بل إن المصلحة التى فى الوفاء أكبر من المصلحة التى يتصور أنها تتحقق حال النبذ ، والمعلوم من الشرع : أنه إذا تعارضت مصلحتان ، التزمنا الأعظم منهما (وهى – هنا – مصلحة الوفاء)، وفوتنا الأدنى (وهى – هنا – مصلحة النبذ) ؛ ولأن نبذ العهد فى ذاته – لغير خوف الخيانة – اعتداء وإضرار ، وديننا يمنع من ذلك .

وهذا يؤكد لنا من صواب هذا النظر الذى مؤداه : أنه يكون الإخلال بالوفاء – لغير خوف الخيانة – ضرراً معتبراً يوجب ضمان كل ما تولد عنه من إهلاك نفس ، أو إتلاف مال، أو هتك عرض.

كذلك فإنه يرى هذا السبق للفقه الإسلامى على الفقه الوضعى الذى انتهى به النظر – فى العصر الحديث – إلى عدم مؤاخذة الدولة بإخلال بعض أفرادها لما أبرم بينها وبين دولة أخرى من عهود ومواثيق إلا فى حدود ما. يثبت مسئوليتها عن هذا الإخلال سواء أكان ذلك بالفعل ، أم

بالامتناع عنه : كما فى الامتناع عن أخذ رعاياها بالحيطة اللازمة لكفهم عن مثل هذا [١] ؛ ذلك أن الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة – كما سبقت الإشارة إليه – قد قرر : أنه لا ينقض عهد الدولة بنقض بعض أفرادها مالم توجد قرائن وأمارات تدل على أن فعل هذا البعض مأذون فيه من الدولة ، وأنه ينظر إلى الإخلال بالوفاء بالعهد للدولة لإخلال بعض رعاياها – على أنه ضرر معتبر يوجب ضمان ما تولد عنه ، ومنطلق الفقه الإسلامى فى هذا قول الله – تعالى –: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾[٢] .

المطلب الثانى : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة – بموجب الشريعة، أو بموجب العهد الذى تقره– لمن يمثل الدولة من العمال .

كفل الفقه الإسلامى لمن يمثل الدولة الأخرى من العمال(الرسل ، والسفراء) مختلف أنواع الحماية، والرعاية (الحصانة) ، هذا بقطع النظر عن كون هذه الدولة معاهدة يربطها بالدولة المسلمة عهد ، أو أنها ليست كذلك .

ومنطلق الفقه فى هذا السنة القولية والعملية، فالنبى – ﷺ – لم يقتل رسل مسيلمة الكذاب، وقال حين قرأ كتابه – للرسولين : « ما تقولان أنتما ؟ قالا : نقول كما قال ، قال – أى النبى – ﷺ – : أما والله لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما »[٣] . فهذا دليل على تحريم قتل الرسل الواصلين من الكفار وإن تكلموا بكلمة الكفر ولو فى حضرة النبى – ﷺ – [٤] .

---

(١)- انظر: القانون الدولي العام للدكتور حامد سلطان (٣١٠، ٣١١) .

(٢)- آية (١٥) سورة الإسراء .

(٣)- أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الجهاد ، باب في «الرسل» . السنن مع العون (٧/ ٤٤٢) .

(٤)- عون المعبود (٧/ ٤٤٢).

وردّ النبى – ﷺ – أبا رافع مبعوث قريش إليهم بالرغم من إعلان إسلامه بمجرد رؤيته النبى – ﷺ – وقال : «إنى لا أخيس بالعهد(١) ، ولا أحبس البرد ، ولكن ارجع إليهم ....» (٢) .

وقال ابن مسعود : « ... فمضت السنة أن الرسل لا تقتل »(٣) ..

ولهذا فإن الصحابة– رضوان الله عليهم – فهموا : أنه لا يجوز الغدر برسل العدو ، حتى ولو قتل هذا العدو رهائن المسلمين الموجودين عندهم ، وذلك حيث قالوا « وفاء بعهد من غير غدر خير من غدر بغدر » (٤) .

وعلى هذا فإنه يكون الإخلال بما كفلته الشريعة من عصمة دم الرسول ، وماله ، وعرضه – ضرراً معتبراً فى النظر الفقهى ، ومن ثم فإنه يستوجب المسئولية تجاه المضرور.

والبحث يعرض فيما يلى لوجهات مذاهب الفقه بهذا الخصوص : الإخلال بما أوجبته الشريعة للرسول من حقوق ، وما يكون من ذلك ضرراً موجبًا للمسئولية ، وما لا يكون كذلك.

أولاً : المذهب الحنفي :

يقرر الحنفية أنه يؤمَّن الرسول ، فلا يتعرض له فى دم ،ولا مال، ولا منفعة . وفى هذا يقول القاضى أبو يوسف – رحمه الله تعالى – : « فإن

---

(١)- (لا أخيس) بكسر الخاء المعجمة . أى : لا أنقض العهد، من خاس الشيء فى الوعاء إذا فسد.
-(والبرد) بضمتين جمع بريد ، وهو الرسول .

(٢)- أخرجه أبو داود فى سننه ، كتاب الجهاد ، باب فى «الإمام يستجن به فى العهود» . السنن مع العون (٧/ ٤٣٧، ٤٣٨).

(٣)- أخرجه أبو داود فى سننه ، كتاب الجهاد ، باب فى : « الرسل » السنن مع العون (٧/ ٤٤٢) .

(٤)- انظر : السير الكبير بشرح السرخسى (١/ ٣٢٠).

قال أنا رسول الملك بعثني إلى ملك العرب، وهذا كتابه معي ، وما معي من الدواب والمتاع والرقيق فهدية إليه ، فإنه يُصدَّق ويقبل قوله إذا كان أمرًا معروفًا ، فإن مثل ما معه لا يكون إلا على مثل ما ذكر من قوله إنها هدية من الملك إلى ملك العرب، ولا سبيل عليه ، ولا يتعرض له ، ولا لما معه من المتاع والسلاح والرقيق والمال » (١) .

فحيثما يثبت أنه رسول بأن « وجد معه كتاب يعرف أنه كتاب ملكهم بعلامة تعرف ذلك (٢) » كان آمنا ، فإن الرسول لا يحتاج إلى أمان خاص ، بل بكونه رسولاً يأمن، ولا يجوز التعرض له .

وبناء عليه فإنه يكون التعرض للرسول - الذى ثبت أنه رسول - فى نظر الفقه الحنفى ضرراً معتبراً يقضى بمنعه ؛ ذلك أن هذا التعرض فيه إخلال بما قررته الشريعة من الحقوق للرسل .

لكن هناك مسائل فرعية لم ينظر فيها الفقه الحنفى إلى التعرض للرسول على أنه ضرر معتبر .

منها : ما لو اشترى الرسول سلاحًا، أو كراعًا ، أو رقيقا ممن أسر من أهل الحرب، وأراد به الرجوع إلى دار الحرب، أو استبدل بسلاحه الرديء سلاحًا جيداً ، فإنه لا ينبغى للإمام أن يترك رسولاً يخرج بشيء من السلاح والرقيق، أو بشيء مما يكون قوة لهم على المسلمين ، فإن اشتروا من ذلك شيئا يرد على الذى باعه منهم ، ورد أولئك الثمن إليهم . وهذا بخلاف الثياب ، والمتاع ، فهذا وما أشبهه لا يمنعون منه (٣) .

---

(١)- الخراج للقاضى أبى يوسف (٢٠٣، ٢٠٤).ط : المكتبة السلفية - القاهرة ، الطبعة الخامسة ١٣٩٦هـ.

(٢)- تبيين الحقائق للزيلعى (٥/ ١٠٩)، وانظر : شرح السير الكبير (١/ ١٩٩) ، والمبسوط للسرخسى (١٠/ ٩٢) .

(٣)- الخراج (٢٠٤) .

ومنها : ما لو بايع الرسول – أو الداخل معه بأمان – بشيء من الخمر، أو الخنزير، أو الربا وما أشبه ذلك، فلا ينبغي لهم ولا يقرون على ذلك ؛ لأن حكمهم حكم الإسلام وأهله ، ولا يحل أن يبايع فى دار الإسلام بما حرم الله – تعالي– .

فهذا التعرض لهم لا ينظر إليه على أنه ضرر ، بل إن الضرر يكون فى إقرار ذلك والسكوت عليه.

ومنها : مالو أن هذا الرسول زنى أو سرق، فإنه يقام عليه الحد – فى قول بعض فقهاء المذهب– ولا يكون ذلك تعرضًا له يمنع منه .

قال أبو يوسف: «ولو أن هذا الداخل إلينا بأمان أو الرسول زنى ، أو سرق، فإن بعض فقهائنا قال: لا أقيم عليه الحد، فإن استهلك المتاع فى السرقة ضمنته؛ وقال : إنه لم يدخل إلينا ليكون ذميا تجرى عليه أحكامنا. قال : ولو قذف رجلا حددته ، وكذلك لو شتم رجلا عزرته؛ لأن هذا حق من حقوق الناس ، وقال بعضهم : إن سرق قطعته ، وإن زنى حددته ، وكان أحسن ما سمعنا فى ذلك – والله أعلم – أن نأخذه بالحدود كلها حتى تقام عليه » [١] .

وبهذا فإننا نفهم أن حصانة الرسول ﷺ وثبوت الأمان له إنما تكون بهذه الشروط الثلاثة :

الأول : أن يثبت أنه رسول ، كأن يوجد معه كتاب يعرف أنه كتاب ملكهم .

الثانى : أن لا يرتكب محظوراً شرعيًا فى أمور المعاملات ، فإنه لا يمضى له عقد فيه إخلال بمقررات الشريعة .

---

(١)– الخراج (للقاضى أبى يوسف (٢٠٥) .

الثالث : أن لا يقع فى حد من حدود الله ، فإنه يحد به فى أحسن وجهتى الفقه ، وفى الوجهة الأخرى : يضمن ما تولد عن ذلك .

والأمر كذلك فيما لو اقترف جرمًا دون الحد فيه التعزير فإنه يعزر به .

فإذا ما التزم الرسول هذه الشروط فإنه يثبت له الأمان، ولا يتعرض له فى دم ، ولا مال، ولا منفعة ؛ ذلك أن التعرض له - حينئذ - ينظر إليه على أنه ضرر معتبر يجب ضمان ما تولد عنه .

وهذا بخلاف ما لو أخل الرسول بهذه الشروط، فتعرض له على سبيل المؤاخذة بهذا الإخلال، فإنه لا ينظر إلى هذا التعرض على أنه إضرار به .

تلك هى خلاصة وجهة المذهب الحنفى بخصوص الإخلال بما أفادته الشريعة من الحقوق للرسل، وما يكون من ذلك ضرراً معتبراً موجباً للمسئولية ، وما لايكون كذلك ، وننتقل الآن إلى حيث المذهب المالكى لنطالع وجهته بخصوص هذا .

ثانيًا : المذهب المالكى :

يرى المالكية أن من دخل إلى دار الإسلام سفارة (أى : مرسلاً ، مبعوثاً يمثل دولته) لم يفتقر إلى أمان ، بل ذلك القصد يؤمنه [١] .

قال ابن عبد البر : « وكل رسول طلب الأمان أعطيه » [٢] .

وأمان الرسول هذا معناه : أنه يعصم دمه ، وماله [٣].

(١)- انظر : القوانين الفقهية (ص ١٣٤).

(٢)- الكافي (ق ١/ ٢١٠).

(٢)- انـظر: جواهر الإكليل (١/ ٢٥٨).

وبناء عليه فإنه يظهر : أن الإخلال بما يقتضيه هذا الأمان من عصمة يكون فى نظر الفقه المالكى ضرراً معتبراً يوجب ا لمسئولية .

فمن تعرض للرسول بعد الأمان ، فإنه ينظر ، فإن كان التعرض له فى دمه بالقتل لزمت الدية القاتل إن كان هذا القاتل مسلماً ؛ لأنه لا يقتل مسلم بكافر .

وأما إذا كان القاتل كافراً – كأهل الذمة – فإنه يقتل به إذا تعمد قتله(١)

وإن كان التعرض له فى مال ، أو منفعة ، فإن المتعرض يضمن له ذلك .

هذا إذا لم يضر أمانه المسلمين : كأن يكون جاسوساً، أو طليعة، أو فيه مضرة، فلا ينعقد له الأمان، ويلزم رده (٢) .

ومثل هذا يكون فيما لو اشترى الرسول ما فيه ضرر على المسلمين : كالسلاح، والحديد الذى يتخذ منه السلاح ، فإنه يمنع من ذلك ، ولا يُمْضَى عقده ، بل يُرَدُّ المبيع ويُعَاد الثمن إليه ، وهكذا كل من دخل دار الإسلام بالأمان (٣) .

إذاً فأمان الرسول الذى ينظر إلى الإخلال به على أنه ضرر معتبر – مشروط بألا يضر هذا الرسول المسلمين ، وذلك على النحو الذى ذكر.

فإن أضر الرسول بالمسلمين ، فإنه يمنع من ذلك ، ولا يمضى تصرفه الذى فيه الضرر بالمسلمين ولا يكون هذا إخلالاً بما خول له من حق

---

(١)- انظر : الكافي (ق١/ ٢١٠).

(٢)- انظر : جواهرالإكليل(١/ ٢٥٨).

(٣)- انظر: أسهل المدارك للكشناوي (٢/ ٧، ٨).

بمقتضى الأمان ، ومن ثم فإنه لايعتبر ذلك من قبيل الإضرار به .

هذا مجمل ما يراه فقهاء المالكية بخصوص الإخلال بما تقره الشريعة من حقوق للرسل ، وما يكون من ذلك ضرراً معتبراً موجبًا للمسئولية وما لايكون كذلك، ونعرض فيما يلى لوجهة الفقه الشافعى بهذا الخصوص .

ثالثًا : مذهب الشافعية :

يقرر الشافعية أنه من دخل دار الإسلام رسولاً لدولته فهو آمن[(١)] .

وهذا معناه : أنه لا يتعرض له فى دم ، ولا مال، ولا منفعة .

قال النووى : « فلو دخل رسولاً ، فقد سبق أن الرسول لا يتعرض له » [(٢)] .

وبناء عليه فإنه يكون الإخلال بما تقرر بالشريعة من الأمان للرسول – فى الفقه الشافعى – ضرراً معتبراً موجبًا للمسئولية .

ففى « المهذب » و« الروضة » ما يدل على أنه يضمن المسلم – وكذلك الذمى من رعايا الدولة المسلمة– مايتلفه من نفس ، أو مال لمن انعقد له الأمان ، وأنه يعزر من يقذفه [(٣)] .

هذا إذا لم يُخِلَّ أمان الرسول بمصلحة للمسلمين : كأن يدخل للتجسيس ، أو شراء سلاح، أو بأن يكون ممن لا يؤمن كيده [(٤)] .

فمثل هذا لا ينعقد له أمان ، فيجب رده ، ولا يمضى له بيعه، ولا ينظر إلى ذلك على أنه إضرار به ، بل يكون الضرر فى إقراره والسكوت عنه

---

(١)- انظر : مغني المحتاج (٤/ ١٣٧)، والوجيز للغزالي (٢/ ١٩٤).

(٢)- الروضة (١٠/ ٢٨٠).

(٣)- انظر : المهذب (٢/ ٣٣٤، ٣٣٥)، والروضة (١٠/ ٣٤٩).

(٤)- انظر : المهذب (٢/ ٣٣١)

رابعًا : مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة أنه يجوز عقد الأمان للرسول (١) . قال ابن قدامة : « يجوز عقد الأمان للرسول ؛ لأن النبى – ﷺ – كان يؤمن رسل المشركين ، ولما جاءه رسولا مسيلمة، قال : « لولا أن الرسل لاتقتل لقتلتكما »؛ ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإننا لو قتلنا رسلهم لقتلوا رسلنا ، فتفوت مصلحة المراسلة » (٢) .

وعقد الأمان هذا للرسول يجوز مطلقا ، ومقيداً بمدة سواء كانت طويلة ، أو قصيرة (٣) .

وجاء فى « الترغيب » : أن دخوله لسفارة أَمْنٌ بلا عقد(٤) ، وذلك حيث تصدقه عادة . قال فى « الفروع » : « ومن جاءنا وادعى أنه رسول ...، وصدقته عادة ، قبل » (٥) .

ويحرم بالأمان قتله، ورقه ، وأسره، وأخذ ماله ، والتعرض له على وجه العموم ؛ لعصمته بهذا الأمان (٦) .

وهذا معناه : أن الفقه الحنبلى ينظر إلى الإخلال بما تقرر بالشريعة للرسول من العصمة – على أنه ضرر معتبر يوجب المسئولية .

---

(١)- انظر : المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (١٠/ ٤٣٦)، والفروع (٦/ ٢٥٠) ، وكشاف القناع (٣/ ١٠٤)

(٢)- المغني مع الشرح الكبير (١٠/ ٤٣٦).

(٣)- انظر : السابق .

(٤)- انظر : الفروع (٦/ ٢٥٠).

(٥)- الفروع (٦/ ٥٠) .

(٦)- انظر: كشاف القناع (٣ / ١٠٤).

ففي« المغني » ما يدل على أنه يضمن المسلم– وكذلك الذمى من رعايا دولة الإسلام ، ما يتلفه من شيء على من انعقد له الأمان [١] .

هذا إذ لم يخن الرسول ، فإن خان كان ذلك ناقضاً لأمانه ؛ لمنافاة الخيانة للأمان ، وليس ينظر إلى هذا النقض على أنه ضرر معتبر .

خامساً : مذهب الزيدية :

يرى الزيدية أن الرسول – السفير الذى يمثل دولته – آمن وإن لم يعقد له أمان[٢] ؛ لقوله – ﷺ – لرسولى مسيلمة : « لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما » .

وأنه من دخل دار الإسلام برسالة فاللإمام أن يقره دون سنة [٣] .

وإقرار الإمام هذا للرسول يوجب عصمته فى نفسه، وماله، وعرضه .

وبناء عليه فإنه يكون الإخلال بهذه العصمة – فى نظر الفقه الزيدى – ضرراً معتبراً يقضى بمنعه ، وضمان ما تولد عنه .

ففي« البحر » : أن « من قتل فى الصلح – أى : فى الأمان الممنوح له – وجبت ديته لا القصاص » [٤] .

هذا إذا لم يضر الرسول بالمسلمين : كأن يكون جاسوساً ومرجفا ناقلاً للأسرار ، فإذا كان كذلك جاز اغتياله [٥] ، ولم ينظر إلى هذا على أنه ضرر معتبر.

---

(١)- انظر : المغني لابن قدامة (١٠/ ٥٢٣) .

(٢)- انظر : البحر الزخار(٦/ ٤٥٤)، وانظر : السيل الجرار (٤/ ٥٣١).

(٣)- السابق (٦/ ٤٥٠).

(٤)- انظر : البحر الزخار (٦/ ٤٥٤) .

(٥)- السابق .

خلاصة القول :

وهكذا فإنه يظهر لنا : أن مذاهب الفقه الإسلامى تتفق فيما بينها على مشروعية الأمان، وحماية الرسل والسفراء، حتى إنهم قالوا : إن من دخل دار الإسلام سفارة (أى : مرسلا، مبعوثًا يمثل دولته) لم يفتقر إلى أمان ؛ لأن ذلك القصد يؤمنه.

هذا إذا لم يضر الرسول بالمسلمين : كأن يرتكب فعلاً محظوراً ، أو كأن يقع فى حد من حدود الله ، أو يقترف جرمًا دون الحد فيه التعزير.

وبناء عليه فإنه يكون التعرض للرسل ، والإخلال بما أوجبته لهم الشريعة من الأمان فى النظر الفقهى ضرراً معتبراً يوجب المسئولية .

وتتمثل هذه المسئولية فى الضمان، فيضمن مَنْ تَعرَّضَ للرُسُلِ وأخَلَّ بأمانهم ما تولّد عن هذا من الضرر، ولا يخالف أحد من الفقهاء فى ذلك .

المطلب الثالث : الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة - بموجب الشريعة، أو بموجب العهد الذى تقره - لاحد رعايا الدول المعاهدة.

يقرر الفقه الإسلامى أن رعايا الدولة المعاهدة - التى يربطها بالدولة المسلمة عهد مسالمة وموادعة - يأمنون على أنفسهم وأموالهم ، ونسائهم، وذراريهم ؛ ذلك أن عقد الموادعة والهدنة عقد أمان .

وبناء عليه فمن دخل منهم دار الإسلام بغير أمان جديد سوى أمان الموادعة لم يتعرض له أحد بسوء ؛ لأنه آمن بتلك الموادعة.

ودليل هذا : أن أبا سفيان بن حرب دخل المدينة زمن الهدنة (صلح الحديبية) ولم يتعرض له أحد من المسلمين بشيء [1] .

---

(١)- شرح السير الكبير(٣/ ٢٢٨)، (٤/ ٦، ١٣٣) ، وانظر : المبسوط (١٠/ ٨٩).

والحاصل أن رعايا الدولة المعاهدة يثبت لهم بمقتضى هذا العهد الأمان الذى به يكونون معصومين فى أنفهسم ، وأعراضهم ، وأموالهم ، ويستوى فى هذا أن يكونوا داخل حدود دولتهم، أو داخل حدود دولة الإسلام، أو داخل حدود دولة أخرى ، فلا يجوز أن يقع اعتداء من مسلم على أحدهم فى نفس ، أو عرض، أو مال، فى دولتهم ، أو دولتنا ، أو أية دولة أخري، مادام العهد معهم قائماً .

وينظر الفقه الإسلامى إلى الإخلال بهذا الذى تقرر من أمان رعايا الدولة المعاهدة – على أنه ضرر معتبر يوجب المسئولية .

وتفصيل وجهات مذاهب الفقه بهذا الخصوص وفق ما يلي :

أولاً : مذهب الحنفية :

يثبت الفقه الحنفى الأمان لرعايا الدولة المعاهدة ، فلا ينبغى للمسلمين أن يغيروا عليهم ، ولا على أطراف بلادهم ما دام الصلح (العهد)باقيًا (١) .

قال فى الفتاوى الهندية : « وحيث مضى أهل البلد الذين وادعناهم، وحيث رحلوا من البلاد، فهم آمنون » (٢) .

ويذهب الحنفية فى هذا إلى حد أنه لو خرج من رعايا الدولة المعاهدة رجل إلى بلد حرب آخر ليس بينه وبين بلد الإسلام موادعة ، فغزا المسلمون ذلك البلد، فأخذوا ذلك الرجل ، فهو آمن لاسبيل عليه ، ولا على ماله

---

(١)- انظر : الفتاوى الهندية (٢/ ١٩٩).

(٢)- السابق .

وأهله ، ورقيقه [١] .

وهذا يدلنا على أنه يكون ضرراً معتبراً فى الفقه الحنفى كل إخلال بماتقرر من الأمان لرعايا الدولة المعاهدة .

وتعليل ذلك فى المذهب أن « حكم الأمان هو ثبوت الأمن للكفرة؛ لأن لفظ الأمان يدل عليه، وهو قوله أمنت ، فثبت الأمن لهم عن القتل، والسبي، والاستغنام، فيحرم على المسلمين قتال رجالهم ، وسبى نسائهم وذراريهم ، واستغنام أموالهم» [٢] .

فإن أخل المسلمون بهذا الأمان فإنهم يضمنون ماتولد عن ذلك من الضرر.

ثانياً : مذهب المالكية :

وأما المالكية فمذهبهم – أيضاً– : أنه يثبت الأمان لرعايا الدولة المعاهدة، فيكونون معصومين فى دمائهم ، وأعراضهم ، وأموالهم [٣] .

ومعنى هذا : أنه ينظر فى الفقه المالكى إلى كل إخلال بما تقرر من الأمان لرعايا الدولة المعاهدة – على أنه ضرر معتبر يوجب المسئولية .

قال فى الكافي : « ومن قتل كافراً بعد الأمان ، لزمته ديته إن كان القاتل مسلماً ، وإن كان كافراً (أى :كالذمي) قتل به إذا تعمد قتله»[٤] .

---

(١)- انظر : الفتاوى الهندية (٢/ ١٩٩)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٠٩).

(٢)- بدائع الصنائع (٧/ ١٠٧).

(٣)- انظر : المواق (٣/ ٣٨٦) ، وأسهل المدارك للكشناوي (٢/ ١٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٥٣٠).

(٤)- الكافي (ق١/ ٢١٠).

ثالثًا : مذهب الشافعية :

وكذلك مذهب الشافعية ، فإنهم يثبتون الأمان لرعايا الدولة المعاهدة، ويوجبون على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة – أى : رعايا الدولة المسلمة ممن لا يدينون بالإسلام – ضمان ما يتلفونه على المعاهدين من أنفس ، وأموال، بل والتعزير بقذفهم ؛ « لأن الهدنة تقتضى الكف عن أنفسهم ، وأموالهم ، وأعراضهم ، فوجب ضمان ما يجب فى ذلك »(١) .

وفى هذا يقول النووى : « ولو أتلف مسلم، أو ذمى – من رعايا الدولة المسلمة – على مهادن – أحد رعايا الدولة المهادنة – نفسًا ، أو مالاً، ضمنه ، وإن قذفه عزر » (٢) .

وبناء عليه فإنه يظهر أن الفقه الشافعى ينظر إلى الإخلال بأمان المعاهد على أنه ضرر معتبر يوجب الضمان .

رابعًا :مذهب الحنابلة :

ويثبت الحنابلة – أيضا– الأمان لرعايا الدولة المعاهدة، وذلك حيث يوجبون على الإمام (أى : رئيس الدولة المسلمة) حماية هؤلاء من أى اعتداء يقع عليهم – فى أنفسهم ، أو أموالهم ، أو أعراضهم – من المسلمين، أو أهل الذمة ؛ « لأنه أمنهم ممن هو فى يده، وتحت قبضته »(٣)، فلو أتلف أحد من المسلمين ، أو أهل الذمة عليهم شيئًا ، فعليه الضمان؛ لأنه بالأمان حرم قتلهم ، ومالهم ، والتعرض لهم (٤) .

---

(١)- انظر : المهذب (٢/ ٣٣٤، ٣٣٥).

(٢)- الروضة للنووي (١٠/ ٣٤٩) .

(٣)- كشاف القناع (٣/ ١١٥).

(٤)- انظر : المغني مع الشرح الكبير (١٠/ ٤٣٢).

وفى هذا يقول ابن قدامة : « وإذا عقد الهدنة – يعنى : الإمام – فعليه حمايتهم – يعنى : رعايا الدولة المهادنة– من المسلمين ، وأهل الذمة ممن هو فى قبضته وتحت يده ، كما أمن من فى قبضته منهم ، ومن أتلف من المسلمين ، أو من أهل الذمة عليهم شيئًا، فعليه ضمانه . . .، لأن الهدنة التزام الكف عنهم » (١) .

ومثل هذا يظهر به أنه يكون ضرراً معتبراً فى الفقه الحنبلى كل إخلال بما تقرر من الأمان لرعايا الدولة المعاهدة .

خامساً : مذهب الزيدية :

لايخالف الزيدية فى أن رعايا الدولة المعاهدة يأمنون على أنفهسم ، وأموالهم، ونسائهم ، وذراريهم ؛ ذلك أن عقد الموادعة والهدنة عقد أمان(٢) .

وعلى هذا فمن دخل منهم دار الإسلام لم يتعرض له أحد بسوء، و« من قتل فى الصلح – أى : فى أثناء المهادنة والموادعة – وجبت ديته »(٣) .

ومفاد هذا : أنه يكون ضرراً معتبراً فى الفقه الزيدى كل إخلال بما تقرر من الأمان لرعايا الدولة المعاهدة .

---

(١)– المغني (١٠/ ٥٢٢).

(٢)– انظر : البحر الزخار (٦/ ٤٤٦، وما بعدها).

(٣)– البحر الزخار (٦/ ٤٥٤).

سادساً : مذهب الإمامية :

يثبت الأمان لرعايا الدولة المعاهدة في فقه الإمامية بمقتضى عقد الإمـام مع دولتهم عقد موادعة ومسالمة ، فيأمنون على أنفسهم ، وأعراضهم، وأموالهم ،ولايجوز الإخلال بهذا بأن يتعرض لهم بسوء؛ ذلك أنه يكون مثل هذا الإخلال ضرراً معتبراً موجباً للضمان [1] .

والحاصل من مجموع ما ذكر من مذاهب الفقه : أنه يتأكد لنا صواب وجهة البحث التي مؤداها : أن رعايا الدولة المعاهدة يأمنون على أنفسهم، وأموالهم ، ونسائهم ، وذراريهم ؛ ذلك أن عقد الموادعة والهدنة عقد أمان.

وأن الإخلال بهذا الأمان يكون في النظر الفقهي ضرراً معتبراً يجب ضمان ما تولد عنه .

هذه هي خاتمة القول بخصوص هذا المطلب : مطلب الإخلال بمصلحة مشروعة مستحقة- بموجب الشريعة ، أو بموجب العهد الذي تقره - لأحد رعايا الدولة المعاهدة .

وبناء عليه فإنه يكون البحث قد فرغ من الإشارة إلى تلك الجملة من أنواع الضرر في العلاقات الدولية ، والتي يرجع حاصلها : إلى إخلال الحاكم المسلم، أو أحد عماله، أو أحد رعاياه، بما توجبه الشريعة الإسلامية من الحقوق - وما يتعلق بها من المصالح - في الشئون الدولية - للدولة الأخرى ، أو لأحد عمالها ، أو لأحد رعاياها.

---

(١)- انظر : شرائع الإسلام (١/ ٣٣٢، وما بعدها) .

الفصل الثالث

العلاقة بين الضرر وبعض المصطلحات الأصولية

ويتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : العلاقة بين الضرر ومصطلح المصلحة .

المبحث الثاني : العلاقة بين الضرر ومصطلح الاستحسان .

المبحث الثالث : العلاقة بين الضرر ومصطلح سد الذرائع.

المبحث الرابع : العلاقة بين الضرر ومصطلح العُرْف.

المبحث الأول

فى العلاقة بين الضرر ومصطلح المصلحة

- مقدمة :

ليس يخفى على أحد أن استقراء موارد الشريعة الإسلامية الدالة على مقاصدها من التشريع يؤكد أنها وضعت لمصالح العباد ، فهذا أمر مقطوع به ، وعليه تظاهرت النقول .

وفى هذا يقول الشاطبى : « والمعتمد أنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه ... ، وإذا دل الاستقراء على هذا ، وكان فى مثل هذه القضية مفيداً للعلم؛ فنحن نقطع بأن الأمر مستمر فى جميع تفاصيل الشريعة » (١) .

ويقول صاحب مقاصد الشريعة : « إذا نحن استقرينا موارد الشريعة الإسلامية الدالة على مقاصدها من التشريع - استبان لنا من كليات دلائلها ، ومن جزئياتها المستقرأة : أن المقصد العام من التشريع فيها هو : حفظ نظام الأمة ، واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه ، وهو نوع الإنسان ، ويشمل صلاحه صلاح عقله ، وصلاح عمله ، وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذى يعيش فيه » (٢) .

ويذكر العلماء هنا جملة أدلة من القرآن تقطع بصواب هذا ، فمن ذلك : -

---

(١)- الموافقات (٢/٦).

(٢)- مقاصد الشريعة لابن عاشور (٦٣).

١ – قول الله – تعالى – حكاية عن رسوله شعيب ، تنويها به : ﴿ إِنْ أُرِيدُ إِلاَّ الإِصْلاحَ مَا اسْتَطَعْتُ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللَّهِ ﴾ (١) .

فمثل هذه الآية تفيد العلم بأن الله – تعالى – أمر ذلك الرسول بإرادة الإصلاح بمنتهى الاستطاعة .

٢– وقوله – تعالى – : ﴿ إِنَّ فِرْعَوْنَ عَلا فِي الأَرْضِ وَجَعَلَ أَهْلَهَا شِيَعًا يَسْتَضْعِفُ طَائِفَةً مِنْهُمْ يُذَبِّحُ أَبْنَاءَهُمْ وَيَسْتَحْيِي نِسَاءَهُمْ إِنَّهُ كَانَ مِنَ الْمُفْسِدِينَ ﴾ (٢) .

فالآية تبين لنا أن الصفات التى أجريت على فرعون كلها من الفساد، وأن ذلك مذموم ، وأن بعثة موسى كانت لإصلاح حال بنى إسرائيل وإنقاذهم من فساد فرعون، وهذا يعني : « أن المراد من الفساد غير الكفر، وإنما هو : فساد العمل فى الأرض؛ لأن بنى إسرائيل لم يتبعوا فرعون فى كفره » .

٣– وقوله– تعالى – حكاية عن شريعة شعيب لأهل مدين : ﴿ وَلا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلا تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا ﴾ (٣) ، وفى آية أخرى : ﴿ وَلا تَعْثَوْا فِي الأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾(٤) ، وقال مخاطبًا هذه الأمة (أمة المسلمين) : ﴿ وَلا تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا ﴾(٥) ، وقال : ﴿ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ ﴾(٦) ، وقال : ﴿ فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِن تَوَلَّيْتُمْ أَن تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ ﴾ (٧) .

---

(١)– آية (٨٨) سورة هود .
(٢)– آية (٤) سورة القصص .
(٣)– آية (٨٥) سورة الأعراف.
(٤)– آية (٦٠) سورة البقرة
(٥)– آية (٥٦) سورة الأعراف.
(٦)– آية (٢٠٥) سورة البقرة .
(٧)– آية (٢٢) سورة محمد .

«فهذه أدلة صريحة كلية دلت على أن مقصد الشريعة : الإصلاح، وإزالة الفساد ، وذلك فى تصاريف أعمال الناس»(١) .

والإصلاح المنوه به هو : إصلاح أحوال الناس وشئونهم فى الحياة ، وليس مجرد صلاح العقيدة ؛ لأن قوله – تعالي– : ﴿ **وإذا تولى سعى فى الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل** ﴾ – «أنبأنا بأن الفساد المحذر منه هنالك هو إفساد موجودات هذا العالم ، وأن الذى أوجد هذا العالم ، وأوجد فيه قانون بقائه لايظن فعله ذلك عبثا ، هو يقول : ﴿ **أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا** ﴾ (٢)

فلولا إرادته –سبحانه – صلاح العالم وانتظام أمره لما شرع الشرائع الجزئية الرادعة للناس عن الإفساد .

والعلماء متفقون على أنه من عموم هذه الأدلة – ونحوها – يحصل اليقين بأن الشريعة متطلبة لجلب المصالح ، ودرء المفاسد، ويتخذونه قاعدة كلية فى الشريعة .

وبهذا يكون قد انتظم أن المقصد الأعظم من الشريعة هو «**جلب الصلاح ، ودرء الفساد**» .

٤– ويستأنس العلماء فى ذلك بما جاء من نصوص قرآنية قرن الحكم فيها بحكمته صراحة، أو إشارة ، مثل قوله – تعالى – فى الخمر ﴿ **إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ** ﴾ (٣) .

وقوله فى المحيض : ﴿ **قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ** ﴾ (١)

---

(١)- مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (٦٣).

(٢)- المرجع السابق ، وقوله – تعالي : ﴿ وإذا تولي سعي في الأرض ......﴾ آية (٢٠٥) سورة البقرة ، وقوله : ﴿ أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا .....﴾ آية (١١٥) سورة المؤمنون .

(٣)- آية (٩١) سورة المائدة .

وقوله فى المحيض : ﴿ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ﴾ (١)

وقوله فى الزكاة : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ (٢)

ففى هذا ومثله : إرشاد إلى أن رعاية المصالح هى غاية هذه الأحكام، وهدفها ، وأنها مبدأ وأصل فى الشريعة الإسلامية (٣) .

٥- كذلك فإن العلماء يستدلون فى هذا الموضع بما جاء من نصوص تفيد أن أساس التشريع رفع الحرج ، والتيسير على الناس من مثل قوله - تعالى - : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (٤) ، وقوله ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (٥) .

وفى هذا المعنى يقول ابن تيمية : «ومن استقرأ الشريعة فى مواردها ومصادرها - وجدها مبنية على قوله : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (٦) ، فكل ما احتاج الناس إليه فى معاشهم ، ولم يكن سببه معصية هى ترك واجب، أو فعل محرم - لم يحرم عليهم ؛ لأنهم فى معنى المضطر الذى ليس بباغ ، ولا عاد» (٧) ، وإحصاء ما قيل بهذا الخصوص ليس هذا بموضعه ، وما ذكر يدل على المقصود من اعتبار الشريعة للمصلحة .

إذاً فما هى حقيقة هذا المصطلح : المصلحة ؟ وما هى العلاقة التى بين الضرر وبينه ؟

---

(١)- آية (٢٢٢) سورة البقرة . (٢)- آية (١٠٣) سورة التوبة .

(٣)- المصلحة للدكتور مصطفي زيد (٢٥).

(٤)- آية (١٨٥) سورة البقرة . (٥) - آية (١٧٣) سورة البقرة.

(٦)- آية (٣) سورة المائدة . (٧)- مجموع الفتاوى (٢٩/ ٦٤).

تعريف المصلحة

أما تعريف المصلحة فنورد بعض ما قاله العلماء بخصوصه :

قال العزالى في «المستصفى» :

«أما المصلحة فهى عبارة – فى الأصل – عن جلب منفعة، أو دفع مضرة» على أنه صرح بأنه لا يعنى بالمصلحة ذلك حيث قال : «ولسنا نعنى به ذلك ، فإن جلب المنفعة ، أو دفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم» . أما التعريف المختار – عنده– للمصلحة فهو : «المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو : أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم،ومالهم » . وعلى هذا «فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة» (١) .

ويقال فى التعليق على ذلك : إنه ليس بين المعنى الأصلى للمصلحة كما قرره الغزالى ، والمعنى الذى اختاره – فرق ظاهر ؛ إذ إن جلب المنفعة ودفع المضرة هو عين مقصود الشرع ، «بل ليس هناك شيء يجلب مصلحة أو يدفع مفسدة إلا اندرج تحت مقصود الشرع، واتصل من قريب ، أو من بعيد بالدين ، أو النفس ، أو العقل ، أو النسل ، أو المال . » (٢) .

ولعل وجهة الغزالى فى هذا أنه يمكن أن يعد المرء مصلحة لنفسه ، على أن الشرع لا يعدها كذلك .

---

(١)– المستصفى للغزالي (٢٥٠). وقد قال ابن قدامة في «روضة الناظر» : المصلحة هي جلب المنفعة أو دفع المضرة (١/ ٤١٢) . طبعة : مكتبة الكليات الأزهرية .

(٢)– المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفي زيد (٢٠).

والذى نلاحظه هنا أن المصلحة اشتملت على جانبين : جانب إيجابى ، وهو : جلب المنفعة، وجانب سلبي، وهو : دفع المضرة.

وذهب بعض العلماء إلى تعريف المصلحة بأنها : «المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق» [1] ، والمفاسد : المضار .

أما الشاطبى فقد عرفها فى كتابه «الاعتصام» بقوله: «المراد بالمصلحة –عندنا– : ما فهم رعايته فى حق الخلق من جلب المصالح ، ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدَرْكه على حال ، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى ، بل يرده – كان مردودا باتفاق المسلمين » [2] .

والنظر إلى هذه التعريفات ينتهى بنا إلى تقرير هذه الحقيقة : أن دفع المفسدة (المضرة) كجلب المنفعة كلاهما تشمله كلمة المصلحة .

قطع المضار جانب أصيل من جانبى المصلحة

وبناء على ما سبق فإنه تكون قد اتضحت العلاقة بين الضرر ومصطلح المصلحة؛ إذْ إن قطع الضرر (الذى هو مادة الفساد) جانب أصيل من جانبى المصلحة، حتى إن بعض العلماء –كما رأينا– حد المصلحة به، فكان تعريفه لها بـ: «**المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق**».

فهذا التعريف يظهر به مدى قوة جانب قطع الضرر فى كلمة المصلحة ، على أن البحث يعتمد ما تقرر من الحقيقة السابقة : أن للمصلحة جانبين ، أحدهما : جلب المنفعة،والثاني : دفع المضرة.

---

(١)- ذكر الشوكاني ذلك في كتابه «إرشاد الفحول» عن الخوارزمي . ص (٢٤٠).
(٢)- الاعتصام (١٢/ ١١٣).

والحاصل : أن مصطلح المصلحة متضمن قطع المفاسد (المضار) ، بالتضييق عليها من جهات الوقوع .

كذلك فإنه يقوم دفع المضار في مواجهة جلب المنافع في وقائع كثيرة، وحادثات عدة، ويكون راجحا عليه ، وهو (يعني : جلب المنافع) بالنسبة له – مرجوح ، فتكون المصلحة قاضية بتقديم دفع المضار على جلب المنافع، وهي قاعدة الشريعة :

« أن درء المفاسد (المضار) مقدم على جلب المنافع » [1] .

ومن ثم فإنه يكون اعتبار الشريعة للمصلحة دليلاً على اعتبارها للضرر : قطعا له ، ومنعًا منه ؛ إذ إنه مندرج تحتها ومتضمن فيها، وهذا مما يقتضي تفصيل القول بخصوص المصلحة ، وذلك وفق ما يلي :

القول بخصوص أقسام المصلحة من جهة شهادة الشرع لها

يقسم العلماء المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع لها ثلاثة أقسام[2] :

– **القسم الأول**: مصلحة شهد الشرع لاعتبارها ، فهي حجة . قال الغزالي : ويرجع حاصلها إلى القياس[3] ، وهو اقتباس الحكم من معقول

(١)- انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٠) ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٨٧) ، وصياغة القاعدة عندهما : «درء المفاسد أولى من جلب المصالح ».

(٢)- انظر المستصفى للغزالي (٢٥٠)،والمحصول للرازي (ق ٣ / جـ٢ / ٢١٩) ، والإبهاج شرح المنهاج لابن السبكي (جـ٣ص ١٧٧، ١٧٨)، ونهاية السول للأسنوي على منهاج البيضاوي (٣ / ١٣٥).

(٣)- المستصفى (٢٥٠).

– ويقال هنا: إن أهم أركان القياس ، وهو العلة التي بها يعدى الحكم من الأصل إلى الفرع=

النص والإجماع ، ومثاله : الحكم بأن كل ما أسكر من مشروب، أو مأكول فيحرم قياسا على الخمر ؛ لأنها حرمت لحفظ العقل الذى هو مناط التكليف، فتحريم الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذا المصلحة .

– **القسم الثاني** : مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، ومثاله : قول بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع فى نهار رمضان : « إن عليك صوم شهرين متتابعين » ، فلما أنكر عليه حيث لم يأمره بإعتاق رقبة مع اتساع ماله – قال: «لو أمرته بذلك لسهل عليه، واستحقر إعتاق رقبة في جنب قضاء شهوته، فكانت المصلحة فى إيجاب الصوم لينزجر به » – فهذا قول باطل .

وقد علل العلماء لبطلان هذا القول بأنه « مخالف لنص الكتاب بالمصلحة،وفتح هذا الباب يؤدى إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال ، ثم إذا عرف ذلك من صنيع العلماء –لم تحصل الثقة للملوك بفتاواهم، وظنوا أن كل ما يفتون به فهو تحريف من جهتهم بالرأي » [1] .

أو بأن البطلان يرجع إلى «أن العلماء (فى هذه الواقعة) بين قائلين : قائل بالتخيير ، وقائل بالترتيب، فيقدم العتق على الصيام، فتقديم الصيام بالنسبة إلى الغنى لا قائل به» [2] .

=-تثبت بالمناسب (مايجلب نفعًا ، ويمنع ضرراً) ؛ لتبقى الشريعة حاكمة على الوقائع المحدثة تحقيقا لمصلحة الخلق بجلب منافعهم ، ودفع الضرر عنهم .

وهذا يعنى أن تبقى يد الشريعة يداً طولى قادرة على ملاحقة الأضرار بالقطع ؛ حتى يسلم الناس من شرورها .

(١)- المستصفى (٢٥٠) ، وقول الغزالى «مخالف لنص الكتاب» لعل الصواب فيه أنه : «مخالف لنص السنة» ؛ إذ إن ثبوت العتق – هنا – يرجع إلى نص السنة من حديث أبى هريرة – الذى أصله فى الصحيحين- جاء رجل إلى النبى – ﷺ – فقال : هلكت يا رسول الله ، قال : « وما أهلكك » ، قال : وقعت على امرأتى فى رمضان، فقال: «هل تجد ما تعتق رقبة».. الحديث. وانظر فى تفصيل القول فى ذلك : المجموع شرح المهذب للنووى (٦/ ٢٣٠، ٢٣١).

(٢)- الاعتصام للشاطبى (٢/ ١١٣).

أو« لأنه حكم على خلاف حكم الله – تعالي– لمصلحة تخيلها الإنسان بحسب رأيه» [1] .

وكل هذا التعليلات المثبتة ببطلان هذا القول أو هذه الفتيا تعود – فى الحقيقة – إلى أن الشرع قد شهد ببطلان هذه ا لمصلحة (التى هى انزجار الملك عن مثل ذلك) ، وهو ظاهر من عدم ترتبييه الحكم عليها بالصيام.

– **القسم الثالث** : مصلحة لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ، ولابالاعتبار– نص معين.

قال الغزالى « وهذا (يعنى هذا القسم) فى محل النظر» [2] .

ولما كان القسمان : الأول ، والثاني، أحدهما قد شهد له النص بالاعتبار ، والثانى قد شهد له بالبطلان – فإنه يظهر أنهما ليس محلاً للنظر، وعليه فليس ثم حاجة تقضى بالوقوف عندهما .

ويبقى أن القسم الثالث– كما قال الغزالى – هو محل النظر.

ومثل هذه المصلحة تعرف فى كتب الأصول بمصطلح : المصلحة المرسلة، أو المناسب المرسل، أو الاستصلاح، أو الاستدلال [3] .

وقبل أن نفصل القول بخصوص تلك المصلحة، وما ينبنى عليها من توسيع دائرة اعتبار الشريعة للضرر من حيث غلق أبوابه، وتضييق جهات وقوعه –نعرض لتقسيم المصالح من جهة قوتها فى ذاتها.

---

(١) ، (٢)– المحصول للرازى (ق ٣ / جـ٢/ ٢٢٠).

(٢)– منهاج البيضاوى مع الإبهاج (٣ / ١٧٩) ،والمحصول للرازى (ق ٣ / جـ٢/ ٢١٨) ، والمستصفى (٢٥٠) ، وإرشاد الفحول (٢٤٢) ، والتقرير والتحبير شرح تحرير الكمال بن الهمام (٣/ ١٥٠/ ١٥١) والموافقات (١/ ٣٩).

أقسام المصالح باعتبارقوتها فى ذاتها

تنقسم المصالح باعتبار قوتها فى ذاتها إلى ما هى فى رتبة الضرورات، وإلى ما هى فى رتبة الحاجات، وإلى ما يتعلق بالتحسينات والتزيينات ، ويتعلق بأذيال كل قسم من الأقسام ما يجرى منها مجرى التكملة والتتمة لها (١) .

– أما المصالح الضرورية : فالمقصود بها ما يتوقف عليها حياة الناس الدينية، والدنيوية بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفى الآخرى فوت النجاة والنعيم، وهى خمس : حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال .

ومثاله :«قضاء الشرع بقتل الكافر المضل ، وعقوبة المبتدع الداعى إلى بدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم ، وقضاؤه بإيجاب القصاص، إذ به حفظ النفوس ، وإيجاب حد الشرب؛ إذ به حفظ العقول، التى هى ملاك التكليف ، وإيجاب حد الزنا إذ به حفظ النسل والأنساب ، وإيجاب زجر الغصاب والسراق؛ إذ به يحصل حفظ الأموال التى هى معاش الخلق، وهم مضطرون إليها .

أما ما يجرى مجرى التكملة والتتمة لهذه المرتبة: فكقولنا المماثلة مرعية فى استيفاء القصاص ؛ لأنه مشروع للزجر والتشفي، ولا يحصل ذلك إلا بالمثل ....» (٢) .

وهذا من جهة حفظها بما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم ؛ إذْ إنها – قبلاً – قد تقررت

---

(١)- المستصفى (٢٥١) ، والموافقات (٢ / ٨ ،وما بعدها) ، والتقرير والتحبير (٣/ ١٤٣: ١٤٥).

(٢)- المستصفى (٢٥١).

بالشريعة من جانب الوجود بما يقيم أركانها ، ويثبت قواعدها .

- وأما المصالح الحاجية : فهى التى يحتاج الناس إليها ؛ لرفع الحرج عنهم فقط، بحيث إذا فقدت وقع الناس فى الضيق والحرج ، دون أن تختل الحياة .

وقد شرع لها الشارع أصناف المعاملات : من بيع ، وشراء ، وإجارة، وأنواع الرخص : من قصر الصلاة وجمعها للمسافر، وإباحة الفطر فى رمضان للمسافر، والمريض ....، وكتسليط الولى على تزويج الصغير والصغيرة ؛ لحاجة اختيار الكفء ونحوها ، وأمور من هذا الجنس .

وأما ما يجرى مجرى التتمة لهذه الرتبة فهو « كقولنا : لا تزوج الصغيرة إلا من كفء ، وبمهر مثل ، فإنه أيضًا مناسب ، لكنه دون أصل الحاجة إلى النكاح؛ ولهذا اختلف فيه العلماء [1] » .

- وأما المصالح التحسينية : فهى المصالح التى يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ،ومكارم الأخلاق : مثل الطهارات بالنسبة للصلوات ، وأخذ الزينة من اللباس ومحاسن الهيئات، والطيب، وتحريم الخبائث من المطعومات، وصيانة المرأة عن مباشرة عقد نكاحها بإقامة الولى مباشراً له « لأن الأليق بمحاسن العادات استحياء النساء عن مباشرة العقد؛ لأن ذلك يشعر بتوقان نفسها إلى الرجال ، ولا يليق ذلك بالمروءة ، ففوض الشرع ذلك إلى الولى حملاً للخلق على أحسن المناهج » [2] .

وأما ما يجرى مجرى التتمة لهذه الرتبة : فكآداب الإحداث، ومندوبات الطهارات ...، والإنفاق من طيبات المكاسب، والاختيار فى الضحايا، والعقيقة، والعتق..، وما أشبه ذلك [3] .

---

(١) ، (٢) - المستصفى (٢٥٢).

(٣)- الموافقات (٢ / ١٣).

فهذه الأنواع الثلاثة من المصالح هى منطلق مبدأ المصالح المرسلة الذى نهدف إلى تفصيل القول فيه لما ينبنى عليه من دفع المضار ؛ إذ أصبح من المقرر فى حيز البدهيات أن الشارع راعى مصالح الناس (بما تعنيه كلمة المصالح من جانبى : جلب المنفعة ، وقطع المضرة) فى تشريع الأحكام الدنيوية تفضلا منه وإحسانا لا احتماً وإلزاماً ؛ لهذا قال كثير من العلماء بالمصلحة المرسلة، ووافقهم الشافعية، ومنهم الغزالى فى المصالح الضرورية ، وأما المصالح الحاجية ، والتحسينية فلم يجز الحكم بمجردها إن لم تعتضد بشهادة أصل فى الأصول الشرعية إلا أن يكون الحكم جاريا مجرى الضرورات كما سنعرض له .

مذاهب العلماء بخصوص المصالح المرسلة ، وعلاقة ذلك بقطع المضار

ونبين – هنا – مذاهب العلماء فى الأخذ بالمصالح المرسلة ، وتوسع بعضهم فيها ، وما ينبنى على ذلك من اتساع دائرة اعتبار الشريعة للضرر قطعا له ، ومنعا منه، من حيث تضييق جهات وقوعه، ومن حيث اعتبار «أن قطع الضرر (أو بتعبير آخر : درء المفسدة) يقدم على جلب المنفعة» عند التعارض ؛ إذ تكون المصلحة – حينئذ – تقديم قطع الضرر الراجح على جلب المنفعة المرجوحة .

ونقدم لذلك بأن مذاهب الأئمة الأربعة تعتبر المصلحة المرسلة ، وذلك على تفاوت بينها – كما سنرى – فهى «عند التحقيق فى جميع المذاهب ؛ لأنهم يقومون ويقعدون بالمناسبة، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا نعنى بالمصلحة المرسلة إلا ذلك»[1] .

---

(١)- إرشاد الفحول للشوكانى (٢٤٢) ، وهذا هو ما قاله القرا فى المالكى انظر : شرح تنقيح الفصول (١٧١، ١٩٩)

ويؤكد على هذا المعنى ابن دقيق حيث يقول إن : «الذى لا شك فيه أن لمالك ترجيحا على غيره من الفقهاء فى هذا النوع ، ويليه أحمد، ولا يكاد يخلو غيرهما عن اعتباره فى الجملة ، ولكن لهذين ترجيح فى الاستعمال لها على غيرهما» [1] .

وهذا ظاهر فى اعتبار المذاهب الأربعة للمصالح المرسلة، وذلك على التفاوت بينهم ما بين مكثر، ومقل ، وتفصيل القول بهذا الخصوص على النحو التالي :

أولاً : موقف المذهب المالكى من المصلحة المرسلة وعلاقة ذلك بقطع المضار

عرف الشاطبى فى كتابه «الاعتصام» المصلحة المرسلة بأنها تلك التى «يرجع معناها إلى اعتبار المناسب الذى لا يشهد له أصل معين»[2] ، فليس لها على هذا شاهد شرعى على الخصوص، وليس فيها أيضا قياس على نص خاص.

وعرفها فى الموافقات بأنها «كل أصل شرعى لم يشهد له نص معين ، وكان ملائمًا لتصرفات الشرع، ومأخوذًا معناه من أدلته»[3] . فهذا أصل «صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعًا به». ويعلق الشاطبى على ذلك فيقول : «ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذى اعتمده مالك، والشافعى »؛ «لأنه وإن لم

---

(١) إرشاد الفحول للشوكانى (٢٤٢) .

(٢)- الاعتصام (٢ / ١١٣).

(٣)- الموافقات (١ / ١٣٩).

يشهد له أصل معين فقد شهد له أصل كلي «والأصل الكلي إذا كان قطعيا قد يساوي الأصل المعين ، وقد يربي [يربو] عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه....» (١) .

وبهذا يظهر أن المصلحة المرسلة هي : الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده ، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء ، ويحصل من ربط الحكم بها جلب منفعة ، أو دفع مضرة عن الناس.

وموقف الإمام مالك - رحمه الله - من اعتبار المصالح المرسلة يكشف عنه الشاطبي بقوله : «وذهب مالك إلي اعتبار ذلك، وبني الأحكام عليه علي الإطلاق» (٢) .

ولعل هذا يفسر اتساع دائرة اعتبار الضرر في الفقه المالكي - علي نحو ما رأينا - إلي حد تقييد استعمال الإنسان لحقوقه بأن لا يترتب علي ذلك ضرر.

فإن بناء الأحكام علي المصالح المرسلة ، والتوسع في ذلك ينتج - حتمًا - التوسع في قطع الضرر ؛ إذ المقرر أن المصلحة جانباها : جلب المنفعة ، وقطع المضرة .

وهذا يعني أن اعتبار المصالح المرسلة يكون بمثابة اليد الطولي للشريعة التي تمتد بها إلي احتمالات وقوع الضرر ، فتمنع منه قبل الوقوع .

---

(١)- الموافقات (١ /١٣٩).
(٢)-الاعتصام (٢/١١١).

وقد مثل فقهاء المالكية في كتبهم لاعتبار المذهب المالكي للمصالح المرسلة بأمثلة كثيرة، نشير – هنا –إلي بعض منها مبينين ما يترتب علي ذلك من قطع المضار ودرء المفاسد ، فمن هذه الأمثلة :

– قول الشاطبي – في كتابه الاعتصام – : «إن العلماء اختلفوا في الضرب بالتهم ، وذهب مالك إلي جواز السجن في التهم ، وإن كان السجن نوعا من العذاب ، ونص أصحابه علي جواز الضرب، وهو عند الشيوخ من قبيل تضمين الصناع ، فإنه لو لم يكن الضرب والسجن بالتهم– لتعذر استخلاص الأموال من أيدي السراق والغصاب ؛ إذ قد يتعذر إقامة البينة ، فكانت المصلحة في التعذيب وسيلة إلي التحصيل بالتعيين والإقرار» (١) .

فإن قيل : هذا فتح باب لتعذيب البرئ ، فجواب الشاطبي «قيل : ففي الإعراض عنه (يعني الإعراض عن التعذيب) إبطال استرجاع الأموال»، فها هنا اجتمع ضرران : ضرر تعذيب المتهم فقد يكون برئيًا ، وضرر أصحاب الأموال المسروقة إذا لم يمكن استخلاصها إلا بهذه الوسيلة، فإنه لا بينة تثبت بها السرقة، والمالكية يرجحون قطع ضرر أصحاب الأموال المسروقة – باعتباره الضرر الأشد – في مقابل تحمل المتهم لضرر التعذيب ؛ إذ قد وجدت أمارات تؤثر في القلب نوعا من الظن به .

---

(١)- الاعتصام (٢ / ١٢٠).

وانظر في مثل ذلك : مواهب الجليل (٥ / ٢٧٥، وما بعدها)، وحاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (٣ / ٤٤٢)، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢ / ٥١٠) ، وشرح الخرشي مع حاشية العدوي (٦ / ١٣٠) ، والبهجة شرح التحفة (٢ / ٣٤٩) . قال ابن عاصم :

وإن يكن مطالبا من يتهم فمالك بالضرب والسجن حكم .

وقد روي البيت علي هذا النحو :

وإن تكن دعوي علي من يتهم فمالك بالضرب والسجن حكم.

يقول الشاطبي في هذا المعني: «بل الإضراب عن التعذيب أشد ضررا ؛ إذ لا يعذب أحد لمجرد الدعوي ، بل مع اقتران قرينة تحيك في النفس، وتؤثر في القلب نوعا من الظن.

فالتعذيب في الغالب لا يصادف البرئ ، وإن أمكن مصادفته فيغتفر، كما اغتفر في تضمين الصناع» (١) .

فإن قيل لا فائدة في الضرب، وهو لم يقبل إقراره في تلك الحال ، فالجواب : إن له فائدتين :

إحداهما : أن يعين المتاع فتشهد عليه البينة لربه، وهي فائدة ظاهرة .

والثانية : أن غيره قد يزدجر حتي لا يكثر الإقدام ، فتقل أنواع هذا الفساد (يعني : هذه المضار) .

فالعمل بالمصلحة المرسلة - هنا - كان سبيلاً لقطع ضرر أكبر في مقابل تحمل ضرر أقل، كما أنه يؤدي إلي ازدجار المجموع عن الإقدام علي إحداث مثل هذه المفاسد (المضار) .

- **مثال آخر** : أنه إذا تقرر إمام مطاع مفتقر إلي تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار ، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلي ما لا يكفيهم - فللإمام إذا كان عدلاً أن يوظف علي الأغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال إلي أن يظهر مال بيت المال ، ثم إليه النظر في توظيف ذلك علي الغلات ، والثمار وغير ذلك ....؛ علي أن ذلك لم ينقل عن الأولين .

---

(١)- الاعتصام (٢/ ١٢٠).

يقول الشاطبي : «وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين لاتساع مال بيت المال في زمانهم ، بخلاف زماننا ، فإن القضية فيه أحري ، ووجه المصلحة – هنا – ظاهر، فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام بطلت شوكة الإمام ، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار.

وإنما نظام ذلك كله شوكة الإمام بعدله فالذين يحذرون من الدواهي لو تنقطع عنهم الشوكة – يستحقرون بالإضافة إليها أموالهم كلها، فضلاً عن اليسير منها .

فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق لهم بأخذ البعض من أموالهم ، فلا يتماري في ترجيح الثاني عن الأول ، وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد» (١) .

ومثل هذا ظاهر في الدلالة علي أن المصلحة المرسلة – هنا – هي قطع الضرر الأعظم بتحمل ضرر أقل.

– **مثال ثالث:** وهو أن يعاقب الإمام بأخذ المال علي بعض الجنايات(٢) .

قال الشاطبي: «وأما مذهب مالك فإن العقوبة في المال – عنده – ضربان» ...، الضرب الأول ممنوع منه ؛ لأنه غير صحيح ، وهو أن يأخذ الإمام المال عقوبةً علي بعض الجنايات .

---

(١)- الاعتصام (٢ / ١٢١، ١٢٢). وشرط جواز التوظيف – هنا – عدالة الإمام ، وإيقاع التصرف في أخذ المال وإعطائه علي الوجه المشروع .

(٢)- الاعتصام (٢ / ١٢٤) قال الشاطبي : « فاختلف العلماء في ذلك – حسبما ذكره الغزالي ...» وحجج المانعين من ذلك : أن هذا من الغريب الذي لا عهد به في الإسلام ، ولا يلائم تصرفات الشرع ، مع أن هذه العقوبة الخاصة لم تتعين لشرعية العقوبات البدنية بالسجن والضرب وغيرهما .

والثـاني : أن تكون جناية الجـاني في نفس ذلك المال، أو في عـوضـه ، فالعقوبة فيه ثابتة . فإنه (يعني مالكا) قال في الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذي غشه : «إنه يتصدق به علي المساكين ، قل أو كثر» [١] .

وذهب ابن القاسم ، ومطرف، وابن الماجشون إلي أنه يتصـدق بما قل منه دون ما كثر ، وذلك محكي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ، فـإنه أراق اللبن المغـشـوش بالماء ووجـه ذلك : التـأديب للغـاش . قـال الشـاطبي : «وهذا التـأديب لا نص يشـهـد له ، لكن من باب الحكم علي الخاصة لأجل العامة » [٢] .

ومن مسائل مالك بهذا الخصوص: أنه إذا اشتري مسلم من نصراني خمراً فإنه يكسر علي المسلم ، ويتصـدق بالثمن أدبا للنصراني ، إن كـان النصراني لم يقبضه [٣] .

والتكييف الفقهي لهذا : أن الغش في السلعة المبيعة زعفرانا كانت أم لبنا ، أم غير ذلك، يضر بالمشترين ، والسكوت عنه يؤدي إلي الإكثار منه، فإنه سبيل إلي الربح الكثير الذي تطمع فيه النفوس، ووتتشوف إليه الطبـاع ، فـتـفـسـد السلع ، ويضـر الناس ، وقـد لا تؤدي العـقـوبة عليـه - بالحبس تعزيرا - إلي العـدول عنه ، فـإن داعـيـة النفس إلي الربح بمثل هذا تُقَوِّي صاحبها علي تحمُّل ذلك ، فيخرج من الحبس وليس فيه ارتداع عن فعل الغش مرة ثانية .

---

(١)- المصدر السابق ، وانظر في مثل ذلك : تبصرة الحكام لابن فرحون (٢ / ٢٠٣).

(٢)- الاعتصام (١٢٤/٢) . علي أن أبا الحسن اللخمي قد وضع له أصلاً شرعيًا ؛ وذلك أنه - عليه الصلاة والسلام - أمر بإكفاء القدور التي أغليت بلحوم الحمر قبل أن تقسم ، وحديث العتق بالمثلة من هذا - أيضًا- .

وانظر : تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٣، وما بعدها) .

(٣)- انظر: الكافي لابن عبد البر (ق٢ / ٣٢٨).

فناسب – هنا – أن يُؤَدَّب بطريق أخرى يتحقق بها ازدجار نفسه ، وانقطاع أمله فى أن يكون الغش سبيلاً للربح، وذلك بإخراج ماغشَّ عن ملكه ، ونزعه من يده ، وتسليط الإمام عليه بالتصرف فيه : إتلافا له ، أو تصدقًا به

نعم قد وقع بذلك ضرر على الغاش ، وهذا ضرر خاص ، لكنه اندفع به ضرر الغش عن عموم الأمة، فكان ذلك من باب : « التزام الضرر الخاص لدفع الضرر العام » .

وقد يقال كذلك : إن هذا من قبيل قاعدة « المعاملة بنقيض القصد »، فإنه لما كان حريصا على كسب المال ولو عن طريق الغش المنهى عنه – عوقب بانتزاع المال منه .

– **مثال رابع**: أنه لو طبق الحرام الأرض، أو ناحية من الأرض يعسُر الانتقال منها، وانسدت طرق المكاسب الطيبة، ومسَّت الحاجة إلى الرمق، فإن ذلك سائغ أن يزيد على قدر الضرورة، ويرتقى إلى قدر الحاجة فى : القوت ، والملبس ، والمسكن ؛ ذلك لأنه « لو اقتصر الناس على سد الرمق – لتعطلت المكاسب ، والأشغال ، ولم يزل الناس فى مقاساة ذلك إلى أن يهلكوا ، وفى ذلك خراب الدين » [(١)] .

قال الشاطبي : « لكنه لا ينتهى إلى الترفه والتنعم ، كما لا يقتصر على مقدار الضرورة » [(٢)] .

---

(١)- الاعتصام (٢ ١٢٥)، وهذا ملائم لتصرفات الشرع، وإن لم ينص علي عينه ، فإنه قد أجاز أكل الميتة للمضطر ، والدم ، ولحم الخنزير، وغير ذلك من الخبائث المحرمات .
وحكي ابن العربي الاتفاق علي جواز الشبع عند توالي المخمصة .

(٢)- المصدر السابق (٢ / ١٢٥).

ومثل هذا ظاهر في أن العمل بالمصلحة المرسلة – هنا – كان سبيلاً لقطع الضرر عن الناس برفع الحرج والمشقة عنهم ، وبالتيسير عليهم في أمور المعايش.

– **مثال خامس** : أنه إذا فرض خلو الزمان عن مجتهد يظهر بين الناس، وافتقروا إلى إمام يقدمونه لجريان الأحكام ، وتسكين ثورة الثائرين، والحياطة على دماء المسلمين وأموالهم – فلابد من إقامة الأمثل ممن ليس بمجتهد ، «لأنا بين أمرين : إما أنْ يُتْرك الناسُ فوضى ، وهو عين الفساد والهرج، وإما أن يقدموه فيزول الفساد به، ولا يبقى إلافوت الاجتهاد ، والتقليدُ كافٍ بحسبه ، وإذا ثبت هذا فهو نظر مَصْلَحي يشهد له وضع أصل الإمامة........» (١) .

فهنا نجد أن المصلحة كانت ناظرة إلى قطع ضرر الأمة المترتب على عدم تنصيب إمام ؛ لفقد رتبة الاجتهاد بخلو الزمان من مجتهد – وأن نظرها هذا أدّى إلى جواز إمامة غير المجتهد.

ومن ثم فإنه يقال : إن من مقصود العمل بالمصلحة المرسلة – قطع الضرر ، وتضييق دائرة وقوعه .

ومثل هذا يقال إذا انعقدت الإمامة بالبيعة ، أو تولية العهد لمُنْفَكٍ عن رُتْبة الاجتهاد، وقد قامت له الشوكة، وأذعنت له الرقاب، وقُدِّر حضورُ مُجْتَهِد مُسْتَجْمِع للفروع والكفاية ، وجميع الشرائط، واحتاج المسلمون في خلع الأول إلى تعرضه لإثارة فتن ، واضطراب أمور – لم يجز لهم خلعه، والاستبدال به، بل تجب عليهم الطاعة له ، والحكم بنفوذ ولايته ، وصحة إمامته

---

(١)- الاعتصام (٢ / ١٢٦).

وتعليل هذا : «لأنا نعلم أن العلم مزية روعيت في الإمامة تحصيلا لمزيد المصلحة في الاستقلال بالنظر والاستغناء عن التقليد ، وأن الثمرة المطلوبة من الإمام – تطفئة الفتن الثائرة من تفرق الآراء المتنافرة ، فكيف يستجيز العقل تحريك الفتنة، وتشويش النظام ، وتفويت أصل المصلحة في الحال ؟ تشوفا إلي مزيد دقيقة في الفرق بين النظر والتقليد» [١] .

فعند هذا ينبغي أن يقيس الإنسان ما ينال الخلق من الضرر بسبب عدول الإمام عن النظر إلي التقليد – بما ينالهم لو تعرضوا لخلعه، والاستبدال به، أو حكموا بأن إمامته غير منعقدة .

وهذا هو أصل مذهب مالك ، وذكر الشاطبي الرواية عن مالك في هذا ، وعقب عليها بقوله : «فظاهر هذه الرواية : أنه إذا خيف عند خلع غير المستحق ، وإقامة المستحق أن تقع فتنة، ومالا يصلح – فالمصلحة في الترك» [٢] .

فها هنا تقابل ضرران : ضرر ينال الخلق بسبب عدول الإمام عن النظر إلي التقليد ، وضرر ينالهم لو تعرضوا لخلعه من فتن وفساد .

فتكون المصلحة : قطع أشد الضررين بتحمل أخفهما، فلو لم يتحقق قطع الضرر الأشد إلا بإقرار غير المستحق ، أقر ، وتحمّل الخلق ما ينالهم من الضرر بسبب عدوله عن النظر إلي التقليد .

---

(١) ، (٢) – الاعتصام (٢ / ١٢٧). قال يحيي بن يحيي : ولقد أتي مالكًا العمري فقال له : يا أبا عبد الله بايعني أهل الحرمين ، وأنت تري سيرة أبي جعفر، فما تري ؟ فقال له مالك : أتدري ما الذي منع عمر بن عبد العزيز أن يولي رجلاً صالحاً ؟ فقال العمري : لا أدري ، قال مالك : لكني أدري ، إنما كانت البيعة ليزيد بعده ، فخاف إن ولي رجلا صالحاً أن لا يكون ليزيد بد من قيام ، فتقوم هجمة فيفسد مالا يصلح، فصدر رأي هذا العمري علي رأي مالك .

ويقال : كذلك يكون الامر إذا لم يتحقق قطع الضرر الاشد إلا بإقامة المستحق وعزل غيره ممن لا يستحق ، فإنه يقام ، ويتحمل الخلق ما ينالهم من الضرر بسبب خلع غير المستحق، والاستبدال به.

وهكذا يتجلي أن المصلحة متضمنة لقطع الضرر ، وأن مراعاة الشريعة للمصلحة مراعاة لقطع الضرر، وأن التوسع في اعتبار المصلحة بإثبات المصالح المرسلة والاخذ بها يعني التوسع في قطع المضار من اسبابها البعيدة حيث تقوم احتمالات وقوعها .

علي أن توسع المالكية في اعتبار المصالح المرسلة تحكمه هذه الضوابط الثلاثة :

الأول : ان تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من اصوله ، ولا دليلاً من دلائله .

فلا يصح - مثلاً- أن يتصدّر احدٌ للإفتاء بحل الفوائد الربوية - كما في التعامل مع البنوك- بدعوي ان ذلك من مقتضيات العصر، وأنه الذي فيه مصلحة الناس ؛ إذ ذلك يصادم النصوص التي جاء فيها التصريح بتحريم الربا .

الثاني : أن عامة النظر فيها إنما هو فيما عقل منها وجري علي وفق المناسبات المعقولة التي إذا عرضت علي العقول تلقتها بالقبول ، فلا مدخل لها في التعبدات ، ولا ماجري مجراها من الأمور الشرعية .

الثالث : ان حاصل المصالح المرسلة يرجع إلي حفظ امر ضروري، ورفع حرج في الدين، وأيضا مرجعها إلي حفظ الضروري من باب : «مالم يتم الواجب إلا به فهو واجب» . فهي إذاً من الوسائل لا من المقاصد، ورجوعها إلي رفع الحرج راجع إلي باب التخفيف، لا إلي التشديد [1] .

---

(١)- الاعتصام (٢ / ١٢٩، ١٣٣).

ونعرض بعد ذلك لموقف المذهب الحنبلي من العمل بالمصالح المرسلة باعتبار أنه - كما أشار ذوو التحقيق من أهل العلم - يحتل الرتبة الثانية بعد المذهب المالكي في هذا الأمر .

ثانياً : موقف المذهب الحنبلي من المصالح المرسلة وعلاقة ذلك بقطع المضار:

تقدمت أقوال العلماء التي تفيد أن المذهب الحنبلي يراعي المصالح المرسلة، ويتوسع في العمل بها، والحق أن هذه الأقوال تؤكد من صحتها فتاوي كثيرة للإمام أحمد - رحمه الله تعالي - ولأصحابه، فمن ذلك :

- أنه رأي تضمين الأجير المشترك وإن لم يتعدَّ.

والأجير المشترك سمي مشتركا ؛ لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين ، وثلاثة، أو أكثر في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في منفعته ، واستحقاقها ، فسمي مشتركا ؛ لاشتراكهم في منفعته ، فهو الصانع ، وهو ضامن لما جنت يده، فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمد علي هذه المسالة في رواية ابن منصور [1] .

- وأنه - رحمه الله - جوز صرف العطية عن بعض ولده إذا كان فيه فسق ، أو بدعة، أو كان ينفق ما يأخذ علي معصية الله ، أو يستعين بإنفاقه علي هذه المعصية .

جاء في «المغني» : فإن خص بعضهم (يعني بالعطية) لمعني يقتضي تخصيصه، مثل : اختصاص بحاجة أو زمانة، أوعمي، أو كثرة عائلة، أو اشتغاله بالعلم ، أو نحوه من الفضائل ، أو صرف عطيته عن بعض ولده إذا

---

(١)- انظر المغني (٦ / ١٠٦).

كان فيه فسق .... إلخ – فقد روى عن أحمد ما يدل على جواز ذلك ؛ لقوله فى تخصيص بعضهم بالوقف : لا بأس به إذا كان لحاجة [1] .

-كذلك فإنه أفتى بنفى أهل الفساد، والدعارة إلى بلد يؤمن فيه من شرهم [2] ، ورأى أن يغلظ الحد على شارب الخمر فى نهار رمضان [3] ، وأوجب عقوبة من طعن فى الصحابة ، فلم يسمح للسلطان بالعفو عنه[4] جاء فى الفروع : « ونقل ابن منصور (يعنى عن أحمد) : لا نفى إلا فى الزنا والمخنث، وقال القاضى : نفيه دون عام ، واحتج به شيخنا (يعنى ابن تيمية) ، وبنفى عمر نصر بن حجاج لما خاف الفتنة به ..، فكيف من عرف ذنبه؟! ويمنعه العزب السكنى بين متأهلين وعكسه، وأن امرأة تجمع بين الرجال والنساء شر منهم ، وهو القوادة ..، قال شيخنا : مضمونه جواز العقوبة ، ودفع المفسدة، وهذا من باب المصالح المرسلة ، قال : وقد سلك القاضى فى (الأحكام السلطانية) أوسع من هذا » [5] .

فحاصل هذه الفتاوى -كما قال ابن تيمية – جواز العقوبة، ودفع المفسدة وهذا – كما قال ابن مفلح صاحب « الفروع » – من باب : « المصالح المرسلة » .

ومثل هذا يؤكد من الوجهة التى نقول بها من أن المصالح المرسلة سبيل مشروع سلوكه يقضى بقطع المفاسد (المضار) ، وعقوبة المفسدين

---

(١)- المغني (٦ / ٢٦٥) ، وكشاف القناع للبهوتي (٤ / ٣١١).

(٢)- انظر : الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الحنبلي (٢٧٩)، والفروع لابن مفلح (٦ / ١١٥، ١١٦).

(٣)- انظر : الإنصاف (١٠ / ٢٣١) . نقل صالح عن أحمد : أنه لو سكر في رمضان : جلد ثمانين ، وعشرين تعزيراً.

(٤)- الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى (٢٨٢).

(٥)- الفروع (٦/ ١١٥، ١١٦).

ردْعا لهم عن الإضرار (الإفساد) ، وزجراَ لغيرهم عن الإقدام على مثل ذلك .

ومن ثم فإنه تضيق دائرة وقوع الضرر ، وهو مقصود الشريعة الذى يشار إليه : « بتعطيل المفاسد (المضار) وتقليلها » .

وجاء فى « الطرق الحكمية » لابن قيم الجوزية : أنه قال ابن عقيل في« الفنون » : جرى فى جواز العمل فى السلطنة بالسياسة الشرعية : أنه هو الحزم ، ولا يخلو من القول به إمام . فقال شافعي : لا سياسة إلا ما وافق الشرع .

ونعرض لرد ابن عقيل الحنبلى على هذا الشافعى لما له من دلالة على توسع الحنابلة فى العمل بالمصالح المرسلة. قال ابن عقيل:

« السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحى .

فإن أردت بقولك : « إلا ما وافق الشرع »- أى : لم يخالف ما نطق به الشرع ، فصحيح .

وإن أردت : لا سياسة إلا ما نطق به الشرع - فغلط ،وتغليط للصحابة ؛ فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل ، والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن ، ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف فإنه كان رأيا اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة ، وتحريق على - رضى الله عنه - الزنادقة فى الأخاديد ، فقال :

لما رأيت الأمر أمراً منكرا أججت نارى ودعوت قنبرا .

ونفى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - لنصر بن حجاج » [1] .

ونقف - هنا - عند عبارة « السياسة : ما كان فعلاً يكون معه الناس

---

(١)- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لابن قيم الجوزية ، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتاب - بيروت ، ص (١٣).

أقرب إلي الصلاح، وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحي ، ما وافق الشرع ، أي : لم يخالف مانطق به الشرع».

فهذه العبارة تضع لنا تعريفا جامعًا للسياسة الشرعية من وجهة الفقه الحنبلي ، وتقرر أن مقصودها الأعظم : صلاح الناس ، وإبعاد الفساد عنهم (يعني قطع المضار) ، وانها تستند في ذلك لا إلي نص معين ، بل إلي عموم نصوص تشهد باعتبار جنسها ، وحينئذ لا تكون مصادمة (مخالفة) لمانطق به الشرع . وهذه هي المصلحة المرسلة ، فتكون السياسة الشرعية التي هي فعل ما يصبح الناس به أقرب إلي الصلاح ، وأبعد عن الفساد - قائمة في جزء كبير منها علي المصالح المرسلة، فيتقرر ما نشير إليه من أن المصلحة المرسلة سبيل إلي قطع المضار ومنع الفساد .

وتوسع الحنابلة هذا في مراعاة المصالح المرسلة يفسر لنا توسعهم في مراعاة المضار إلي حد أنهم يرون تقييد استعمال الإنسان لحقوقه - بما فيها حق الملكية - بأن لا يضر .

فالعمل بالمصالح المرسلة - كما رأينا - ينبني عليه قطع المضار بمنع أسبابها البعيدة من هنالك حيث احتمالات وقوعها .

وقواعد الفقه الحنبلي في كثير منها تأكيد علي مراعاة المصالح المرسلة؛ جلبا للمنفعة وقطعا للمضرة ، فمن ذلك :

(هذه القاعدة) :

«أن التصرفات المالية ، كالعتق ، والوقف، والصدقة، والهبة إذا تصرف بها وعليه دين - لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء» اختار ذلك الشيخ تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية - رحمه الله تعالي - وحكاه قولاً في المذهب . [1] .

---

(١) - القواعد لابن رجب (١٤).

ودليل هذه الفتوي أصلان :

أحدهما: ما نص عليه أحمد - رحمه الله - في رواية حنبل فيمن تبرع بماله : بوقف، أو صدقة، وأبواه محتاجان - أن لهما رده .

والثاني : أنه نص في رواية أخري علي من أوصي لأجانب ، وله أقارب محتاجون أن الوصية ترد عليهم [1] ، فتخرج من ذلك أن من تبرع وعليه نفقه واجبة لوارث، أو دين ليس له وفاء أنه يرد؛ ولهذا يباع المدبر علي الدين خاصة علي رواية، ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله . قال : هذا مردود ، لو كان في حياته لم أجوز له إذاكان له ولد .

فرد تصرف من حاله تلك إنما كان لمراعاة مصلحة أصحاب الحقوق عليه ، جلبا لنفعهم بتبليغهم حقهم ؛ ودفعا للمضرة عنهم بعدم تفويت حقوقهم عليهم.

ومراعاة هذه المصلحة لا يرجع إلي نص معين ، بل مستنده أنه من جنس ما اعتبره الشرع في الجملة . وتلك هي المصلحة المرسلة .

ومثل هذه القاعدة يظهر بها أن العمل بالمصالح المرسلة يتوصل به إلي قطع المضار والمفاسد عن طريق إبطال كل ما يتسبب فيها ، ورد التصرف الموجب لها.

(قاعدة ثانية):

«أن ما تدعو الحاجة إلي الانتفاع به من الأعيان ، ولا ضرر في بذله

---

(١) - القواعد لابن رجب (١٤).

لتيسيره وكثرة وجوده، أو المنافع المحتاج إليها – يجب بذله مجانا بغير عوض» [1] .

وشواهد هذه المصلحة الكلية، أو هذا الأصل : أن النبي – ﷺ – نهي عن منع الجار جاره أن يضع خشبة علي جداره ، ونهي عن منع الماء ليمنع به الكلأ [2] .

ومن تطبيقات ذلك – عندهم – : وجوب بذل الماعون ، وهو ماخف قدره وسهل : كالدلو، والفأس ، والقدر ، والمنخل.

ومنها إعارة الحلي ، ظاهر كلام أحمد، وجماعة من الأصحاب : وجوبه ، وصرح به بعض المتأخرين [3] .

ومنها : المصحف تجب عليه إعارته لمن احتاج إلي القراءة فيه ، ولم يجد مصحفا غيره ، نقله القاضي ، وذكر ابن عقيل في كلام مفرد له : «أن الأصحاب عللوا قولهم : لا يقطع لسرقة المصحف؛ فإن له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع إذا خفيت عليه ، وعلي صاحبه بذله....»، وهذا تعليل يقتضي التسوية بين سرقته ، وسرقة كتب السنن فإنها مضمنة من الأحكام أمثال ذلك، والحاجة داعية إليها ، وبذلها من القضاة، والحكام وأهل الفتاوي – واجب علي مالكها [4] .

ومنها : رباع مكة لا يجوز بيعها ، ولا إجارتها علي المذهب المنصوص، واختلف في ماخذه فقيل لأن مكة فتحت عنوة ....، وقيل بل

---

(١)– القواعد لابن رجب الحنبلي (٢٢٧).

(٢)– تقدم تخريج ذلك .

(٣)– القواعد (٢٢٧).

(٤)– القواعد (٢٢٧).

لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام ، وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد، فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجيره، بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعا واحدا لعموم الحاجة إليه ، فمن احتاج إلي ما بيده منه - سكنه ،وإن استغني عنه وجب بذل فاضله للمحتاج إليه [١] .

---

(١)- المصدر السابق (٢٢٧، ٢٢٨).

ومسألة إجارة دور مكة - وغيرها من أرض الحرم - وكذلك بيعها ، ورهنها مما اختلف فيه العلماء، فمذهب الشافعي (وهو قول عمر بن الخطاب ، وجماعات من الصحابة) ، ومذهب أبي يوسف صاحب أبي حنيفة: أنه يجوز ذلك . وقال الأوزاعي ، والثوري ، ومالك ، وأبو حنيفة : لا يجوز شيء من ذلك ، وهو مذهب الحنابلة .

والخلاف في المسألة مبني علي أن مكة فتحت صلحًا أم عنوة ؟ فمن رأي أنها فتحت صلحًا ، قال تبقي علي ملك أصحابها ، فتورث ، وتباع ، وتكري ، وترهن ، ومن رأي أنها فتحت عنوة فلا يجوز شيء من ذلك عنده .

والحق أن هذه المسألة مما ورد النقل فيها بالأمرين ، فمن النقل الذي يدل علي الجواز «أن نافع بن الحرث اشتري من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بأربعمائة ، وفي رواية بأربعة آلاف » [علقه البخاري، البخاري مع الفتح (٥ / ٩١) كتاب الحج، باب : «توريث دور مكة وبيعها وشرائها»] . ومن النقل الذي يدل علي المنع ما رواه أبوحنيفة عن عبد الله بن أبي زياد عن أبي نجيح عن عبد الله بن عمر قال : «قال رسول الله - ﷺ - مكة كلها حرام، وحرام بيع رباعها، وحرام أجر بيوتها» [قال : الدار قطني :كذا رواه أبو حنيفة مرفوعًا ، وهو وهم، والصحيح: أنه موقوف].

انظر: إعلام الساجد بأحكام المساجد للزركشي (ص ١٤٤) . وفي الباب عند ابن ماجة عن علقمة بن نضلة قال : «توفي رسول الله - ﷺ - وأبو بكر، وعمر، وماتدعي رباع مكة إلا السوائب ، من احتاج سكن ، ومن استغني أسكن» ، وعن عبدالله بن عمر قال : «من أكل كراء بيوت مكة أكل نارًا » [سنن ابن ماجة (٢ / ١٠٣٧) كتاب المناسك ، باب : « أجر بيوت مكة»]. قال ابن حجر : وقال بظاهر هذا الحديث ابن عمر ، ومجاهد وعطاء ، قال عبد الرزاق عن ابن جريج : كان عطاء ينهي عن الكراء في الحرم ، فأخبرني أن عمر «نهي أن تبوب دور مكة » ؛ لأنها ينزل الحاج في عرصاتها ، فكان أول من بوب داره سهيل بن عمرو ، واعتذر عن ذلك لعمر .... وأثر عمر الذي فيه أنه اشتري دارًا للسجن بمكة لا يعارض ما جاء عن نافع عن ابن عمر عن عمر : « أنه كان ينهي أن تغلق دور مكة زمن الحج ».. فيجمع بينهما بكراهة الكراء رفقًا بالوفود ، ولا يلزم من ذلك منع البيع والشراء، وإلي هذا جنح الإمام أحمد وآخرون . فتح الباري (٣ / ٥٢٦، ٥٢٧) ، وهذا الذي قاله ابن حجر في الجمع بين الآثار هو ما اختاره ابن تيمية حيث جوز البيع ولم يجوز الكراء، وهو ما يبدو لي أنه الصواب=

ومن ذلك – أيضا – : بذل البيوت للسكني عند الاضطرار : كحالة فيضان ، أو حريق ، أو حرب ونحو ذلك ، وفيه وجهان : وجه يبذلها مجانا ، ووجه يبذلها بأجر المثل (١) .

والحاصل : أن هذه الوقائع وإن لم يشهد لكل منها نص معين – كان الحكم فيها لمصلحة من جنس ما اعتبره الشارع في الجملة، وهذه هي المصلحة المرسلة .

وقد رأينا – هنا – أن العمل بالمصلحة كان وسيلة لقطع الضرر عن أصحاب الحاجات ؛ برفع الحرج عنهم ، والتيسير عليهم في قضاء حوائجهم .

(القاعدة الثالثة) :

« أن من أتي بسبب يفيد الملك ، أو الحل ، أو يسقط الواجبات علي وجه محرم ، وكان مماتدعو النفوس إليه – الغي ذلك السبب، وصار وجوده كالعدم، ولم يترتب عليه أحكامه » (٢) .

=إعمالاً لكل النصوص ، ولما فيه من تيسير الحج وتسهيله، وجعله غير شاق ، وبهذا قال الشيخ أبو زهرة في كتابه عن ابن تيمية (٤١١، ٤١٢) . انظر : المجموع للنووي (٩ / ٢٤٨)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٢٢٢، ٢٢٣) ، والقوانين (٢٣٨)، والإنصاف (٤/ ٢٨٩، ٢٩٠) .

(١)– الطرق الحكمية (٣٤٣). وانظر : مجموع الفتاوي لابن تيمية (٢٨/ ٩٨، ٩٩).

ويبدو أن الحكم في هذا هو وجود ، أو عدم وجود الأسرة عند من أصابته الجائحة؛ ولهذا كان تعبير ابن تيمية وتلميذه ابن القيم : «لو أن قومًا اضطروا إلي سكني في بيت إنسان إذا لم يجدوا مكانًا يأوون إليه إلا ذلك البيت ، فعليه أن يسكنهم ....، والصحيح بذل ذلك مجانًا إذا كان صاحبها مستغنيًا عن تلك المنفعة وعوضها ...»

(٢)– القواعد (٢٢٩).

ومن تطبيقاته : الفارّ من الزكاة قبل تمام الحول؛ بتنقيص النصاب ، أو إخراجه عن ملكه تجب عليه الزكاة، ولو صرف أكثر أمواله في ملك مالا زكاةَ فيه : كالعقار، والحلى ففى المذهب وجهان ، أحدهما : ينزل منزلة الفارّ (١) .

ومنها : المطلق فى مرضه لا يَقْطَعُ طلاقه حقَّ الزوجة من إرثها منه إلا أن تنتفى التهم بسؤال الزوجة، ونحوه ، ففيه روايتان (٢) .

فمثل هذه الوقائع – وإن لم يستفد حكمها من نصٍّ معين – كان الحكم فيها لمصلحة من جنس ما اعتبره الشارع فى الجملة، وهى : قطع المضار عن أصحاب الحقوق برد حقوقهم إليهم.

وهذه هى المصلحة المرسلة، وكان العمل بها – هنا – قاطعاً للضرر بإبطال أسبابه التى هى التحايل على تفويت حق الغير .

(القاعدة الرابعة) :

« المنع من التعسف فى استعمال الحق » (٣) .

ذكر الحنابلة عدة فتاوى مبناها مصالح ملائمة لجنس تصرفات الشرع، على أنه لا يوجد نص معين يشهد لكل منها بالاعتبار ، وهذا الجنس من التصرفات مقتضاه : أنَّ الشخص مُقَيَّدٌ فى استعماله حقه بألا يضر غيره ، فإذا أضر بالغير – منع من استعمال حقه ، أو أنه يلزمه تعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة استعمال حقه .

---

(١) ، (٢)– القواعد (٢٣٠).

(٣)– المصدر السابق (١١٠).

جاء في «القواعد» لابن رجب : «التفاسخ في العقود الجائزة متي تضمّن ضرراً علي أحد المتعاقدين ، أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد- لم يجز إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان ، أو نحوه ، فيجوز علي ذلك الوجه» (١) .

فلا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه؛ لأنه ذريعة إلي غاية الإضرار ، وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح (٢) .

فهذا الأصل الشرعي - أو المصلحة الكلية - مأخوذ من نصوص الشريعة، وقد عُهِد من الشارع الالتفات إليه ، والتفريع عليه ؛ لأن استقراء نصوص الشريعة يفيد أن الشارع يقصد المنع من الجائز إذا كان يؤدي إلي الحرام ، والإضرار بالمسلم حرام .

ويلاحظ أن صاحب الحق كان يمكنه استعمال حقه بطريقة لا تضر الآخر ، فكأنه بذلك قصد الإضرار، أو قصَّر في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بالغير (٣) .

والحاصل من كل ما سبق : أن الحنابلة يأخذون بالمصلحة المرسلة فيما لا يمكن معرفة حكمه من النص لفظا ، أو من معقول النص بطر يق القياس بعين العلة ، علي أن المصلحة التي يأخذون بها هي تلك التي تلائم جنس تصرفات الشارع، وتتفق مع أصوله العامة ، وقواعده الكلية ، وبهذا يكون الاستدلال بالمصالح - عندهم - راجعا إلي ما تقرر من مجموع النصوص من مراعاة جنس هذه المصلحة ، لا أنه يرجع إلي ما يراه العقل دون أن

---

(١)- القواعد (١١٠).   (٢)- المصدر السابق (١١٢).

(٣)- أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي . ط : دار الفكر . (جـ٢ / ٧٩٤ ، ٧٩٥).

يكون له شاهد من الشرع بالاعتبار .كذلك فإنه انبني علي أخذهم بالمصالح المرسلة توسعهم في قطع المضار ، ودرء المفاسد بغلق السبل المؤدية إلي ذلك، وبتمكين الشريعة من إنزال العقاب بكل محدث ضرر، ومتسبب في فساد ، ومثل هذا يضيق من دائرة وقوع الضرر ، بل إنه يمنع منه .

ونتحول - بعد ذلك - إلي المذهب الشافعي ؛ لنري موقفه من العمل بالمصالح المرسلة .

ثالثا : موقف المذهب الشافعي من المصلحة المرسلة وعلاقة ذلك بقطع المضار

يؤكد إمام الحرمين الجويني وهو يعد مذاهب الفقهاء بخصوص الاستدلال (المصالح المرسلة) علي أن الشافعي - رحمه الله تعالي - اعتمد ذلك، حيث يقول : « وذهب الشافعي، ومعظم أصحاب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إلي اعتماد الاستدلال وإن لم يستند إلي حكم متفق عليه في أصل، ولكنه لا يستجيز النأي، والبعد ، والإفراط ، وإنما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح شبيهة بالمصالح المستندة إلي أحكام ثابتة الأصول ، قارة في الشريعة » [1] ، ثم حيث يقول بعد هذا : « والمذهب الثالث - وهو المعروف من مذهب الشافعي - التمسك بالمعني ، وإن لم يستند إلي أصل ، علي شرط قربه من معاني الأصول الثابتة » ، وحيث يقول أيضا : « ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقا بأصل ، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة ، فإن عدمها التفت إلي أقرب الأصول شبها بهذا ، كدأبه ..... » [2] .

---

(١)- البرهان (جـ٢ / ف ١٣٠/ ص ٧٢١) . ط : دار الوفاء الطبعة الأولي١٤١٢هـ - ١٩٩٢م . تحقيق د. عبد العظيم الديب .

(٢) االبرهان (جـ٢ / ف ١٣١ ، ١٣٦ ، ص ٧٢٢ ، ٧٢٤) .

ومثل هذا يظهر به أخذ الشافعي بالمصلحة المرسلة ما دامت من جنس ما اعتبره الشارع في الجملة ، أو ما دامت ملائمة لجنس تصرفات الشارع ، لكنه يدخلها في القياس ؛ إذ القياس عنده هو : « طلب الدلائل على موافقة الخبر المتقدم من الكتاب والسنة » (١) ؛ لأنهما علم الحق المُفْتَرَضِ طلبه .

وعليه فإنه يرجع عدم نص الشافعي علي اعتداد بالمصلحة المرسلة - إلي أنه ينكر اعتبار الأهواء، أو الشهوات التي كثيرا ما تلبس رداء المصلحة، لا أنه ينكر اعتبار المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشارع .

وقد نسب الحنفية للشافعي القول بالمرسل الملائم ، والملائمة هي : « الدخول تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين » (٢) .

كذلك فإن الشاطبي قد صرح في « موافقاته » باعتماد الشافعي الاستدلال المرسل ، إذ قال : « .... .الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي ، فإنه وإن لم يشهد له أصل معين ، فقد شهد له أصل كلي »(٣) .

وحاصل كل هذا اعتبار الشافعي - رحمه الله - للمصلحة المرسلة .

ونعرض - هنا - لموقف الغزالي - رحمه الله - بهذا الخصوص ، باعتباره فقيها شافعيًا ، وأصوليًا من أصوليي المذهب .

قسم الغزالي المصلحة - باعتبار قوتها في ذاتها - إلي ثلاث مراتب : ضرورية ، وحاجية، وتحسينية ، ثم قرر أن الواقع في الرتبتين الأخيرتين « لا

---

(١)- الرسالة ص (٢٤٠/ف ١٢٢) بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر.
(٢)- التقرير والتحبير علي تحرير الكمال لابن أميرحاج (٣ / ١٥٠).
(٣)- الموافقات (١ / ١٣٩).

يجوز الحكم بمجرده إن لم يعتضد بشهادة أصل، إلا أنه يجري مجري وضع الضرورات، فلا بعد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد ، وإن لم يشهد الشرع بالرأي فهو كالاستحسان (يعني أنه يكون مرفوضا) ، فإن اعتضد بأصل فذاك قياس » [١].

أما الواقع في رتبة الضرورات « فلا بعد في أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد ،وإن لم يشهد له أصل معين ....، وكان هذا التفاتا إلي مصلحة علم بالضرورة كونها مقصود الشرع، لا بدليل واحد، وأصل معين، بل بأدلة خارجة عن الحصر» [٢] .

وبناء عليه فإنه يظهر أن المصلحة الواقعة في رتبة الحاجيات ، والتحسينيات لا يحكم بمجردها بل لابد وان يعضدها شهادة أصل، ومن ثم فإنه لا تجري المصلحة المرسلة في هاتين الرتبتين ، ويكون العمل بالمصلحة المرسلة – عند الغزالي– مجاله رتبة الضرورات، أو ما يجري مجري الضرورات .

ويمثل الغزالي لذلك : بأن الكفار إذا تترسوا بجماعة من أساري المسلمين ، فلوكففنا عنهم لصدمونا ، وغلبوا علي دار الإسلام ، وقتلوا كافة المسلمين .

ولو رمينا الترس لقتلنا مسلمًا معصومًا لم يذنب ذنبًا، وهذا لا عهد به في الشرع . ولوكففنا لسلطنا الكفار علي جميع المسلمين فيقتلونهم ، ثم يقتلون الأساري أيضًا . فيجوز أن يقول قائل : هذا الأسير مقتول بكل حال ؛ فحفظ جميع المسلمين أقرب إلي مقصود الشرع؛ لأنا نعلم قطعا :

---

(١)، (٢) – المستصفي (٢٥٣).

أن مقصود الشرع تقليل القتل، كما يقصد حسم سبيله عند الإمكان، فإن لم نقدر علي الحسم قدرنا علي التقليل (١) .

قال الغزالي في التعليق علي هذا :

« وكان هذا التفاتا إلي مصلحة عُلِمَ بالضرورة كونها مقصد الشرع، لا بدليل واحد، وأصل معين، بل بادلة خارجة عن الحصر ، لكن تحصيل هذا المقصود بهذا الطريق، وهو قتل من لم يذنب - غريب ، لم يشهد له أصل معين » (٢) .

فهذا مثال مصلحة غير مأخوذة بطريق القياس علي أصل معين ، وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف :« أنها ضرورة، قطعية ، كلية »(٣) ، فهذه هي شروط الأخذ بالمصالح المرسلة عند الغزالي .

(١)- المستصفي (٢٥٥) . وصيغة البرهان علي ذلك عند الغزالي: أن مخالفة مقصود الشرع حرام، وفي الكف عن قتال الكفار مخالفة لمقصود الشرع. (فإن قيل) : لا ننكر أن مخالفة مقصود الشرع حرام ، ولكن لا نسلم أن هذه مخالفة . (قلنا) : قهر الكفار واستعلاء الإسلام مقصود ، وفي هذا استئصال الإسلام، واستعلاء الكفار. (فإن قيل) : فالكف عن المسلم الذي لم يذنب مقصود ، وفي هذا مخالفة المقصود . (قلنا) : هذا مقصود ، وقد اضطررنا إلي مخالفة أحد المقصودين ، ولا بد من الترجيح ، والجزئي محتقر بالإضافة إلي الكلي، وهذا جزئي بالإضافة فلا يعارض بالكلي . (فإن قيل) : مسلم أن هذا جزئي، ولكن لا يسلم أن الجزئي محتقر بالإضافة إلي الكلي ، فاحتقار الشرع له يعرف بنص ، أو قياس علي منصوص . (قلنا): قد عرفنا ذلك لابنص واحد معين ، بل بتفاريق أحكام واقتران دلالات لم يبق معها شك في أن حفظ خطة الإسلام ورقاب المسلمين أهم في مقاصد الشرع من حفظ شخص معين في ساعة أو نهار ... إلخ . المستصفي (٢٥٨، ٢٥٩) .

(٢)- المصدر السابق (٢٥٥).

(٣)- السابق والضرورية : «ما تكون في الضرورات الخمس : الدين ، والنفس ، والنسل، والعقل ، والمال» ، والقطعية : «التي يجزم بحصول المصلحة فيها»، والكلية : «ما تكون موجبة لفائدة تعم جميع المسلمين» .

والمثال ظاهر في الدلالة علي أن المصلحة فيما إذا تعارض ضرران ، أو شران – : أن يدفع أشد الضررين ، وأعظم الشرين بتحمل أدناهما ، وذلك من غير التفات إلي مصلحة صاحب الضرر الادني؛ لأنه حينئذ يكون درء المفسدة (قطع المضرة) الراجحة مقدما علي جلب المنفعة المرجوحة .

فيكون العمل بالمصالح المرسلة سبيلاً بتوصل به إلي قطع المضار العظام .

ويمثل الغزالي لذلك – أيضًا – بتوظيف الخراج إذا خلت الأيدي من الأموال، ولم يكن من مال المصالح ما يفي بخراجات العسكر ، ولو تفرق العسكر واشتغلوا بالكسب لخيف دخول الكفار بلاد الإسلام ، أو خيف ثوران الفتنة من أهل العرامة في بلاد الإسلام .

وقد علل الغزالي لذلك بقوله : « لأنا نعلم أنه إذا تعارض شران ، أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين ، وأعظم الشرين ...، وكان هذا لا يخلو عن شهادة أصول معينة فإن لوليّ الطفل عمارة القنوات، وإخراج أجرة الفصاد، وثمن الأدوية، وكل هذا تنجيز خسران لتوقع ما هو أكثر منه، وهذا أيضًا يؤيد مسلك الترجيح في مسالة الترس.... » (١) .

وقد ذكر الغزالي في الساعي في الأرض بالفساد بالدعوة إلي البدعة، أو بإغراء الظلمة بأموال الناس وحرمهم ، وسفك دمائهم بإثارة الفتنة، والمصلحة قتله لكف شره – : أنه إذا لم يقتحم جريمة موجبة لسفك الدم فلا يسفك دمه ؛ إذ في تخليد الحبس عليه كفاية شره، فلا حاجة إلي

---

(١)- انظر: المستصفي (٢٥٦) . واستدرك الغزالي فقال: لكن هذا تصرف في الأموال، والأموال مبتذلة يجوز ابتذالها في الأغراض التي هي أهم منها، وإنما المحظورات سفك دم معصوم من غير ذنب سافك .

القتل، .... فإن قيل : إن في توقفنا عن الساعي في الأرض بالفساد ضررا كليا بتعريض أموال المسلمين ودمائهم إلي الهلاك - وغلب ذلك علي الظن بما عرف من طبيعته وعادته المجربة طول عمره ، قلنا: لا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد إلي قتله إذا كان كذلك ، بل هو أولي من الترس ، فإنه لم يذنب ذنبا ، وهذا قد ظهرت منه جرائم توجب العقوبة ، وإن لم توجب القتل، وكأنه التحق بالحيوانات الضارية لما عرف من طبيعته ، وسجيته [١]

وهذا المثال يدل علي أن الحكم بالمصالح المرسلة - هنا - قتلا لهذا الساعي- كان مقصوداً به قطع ضرره ؛ إذْ بقاء مثل هذا حيًا بحيوانيته يعرض الناس للمضار في أموالهم ونفوسهم ... إلخ .

ومن هذا الباب - عند الغزالي - أن الزنديق المتستر إذا تاب ، وقيل: إن المصلحة في قتله ، وأن لا تقبل توبته - فهو محل اجتهاد ، ولا يبعد قتله ؛ إذ« وجب بالزندقة قتله، وإنما كلمة الشهادة تسقط القتل في اليهود والنصاري ؛ لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة، والزنديق يري التقية عند الزندقة ......» [٢] .

وهكذا يثبت أن العمل بالمصالح المرسلة تتمكن به العقوبة من ملاحقة كل محدث ضرر ومرتكب جرم لردعه عن الإقدام علي مثل ذلك ، فتنقطع الشرور التي هي مادة الفساد ، والمضار .

علي أننا نري الغزالي ينزل عن شرط «القطعية» ، وشرط « الكلية» في اعتبار المصالح المرسلة ، حيث يقول : « إنما نجوز ذلك عند القطع ، أو ظن قريب من القطع......» [٣] ، وذلك في مسألة الترس المتقدمة، فلا

---

(١)- المستصفي (٢٢٥).
(٢)- المستصفي (٢٥٤).
(٣)- السابق (٢٥٤، ٢٥٩).

يكون مراده بشرط القطعية المعني المتبادر منه، وهو : اليقين ، وإنما هو : الظن الغالب، أو القريب من القطع.

أما شرط الكلية فمما يدل علي نزول الغزالي عنه في غير مسألة الترس - ما عرض له من أمثلة. ففي «المستصفي» : فما قولكم في المصالح الجزئية المتعلقة بالأشخاص، مثل المفقود زوجها إذا اندرس خبر موته ، وحياته ، وقد انتظرت سنين ، وتضررت بالعزوبة، أيفسخ نكاحها للمصلحة أم لا؟ وكذلك إذا عقد وليان ، أو وكيلان نكاحين : أحدهما سابق ، واستبهم الأمر، ووقع اليأس عن البيان، بقيت المرأة محبوسة طول العمر عن الأزواج، ومحرمة علي زوجها المالك في علم الله - تعالي - ، وكذلك المرأة إذا تباعد حيضها عشر سنين ، وتعوقت عدتها ، وبقيت ممنوعة من النكاح، هل يجوز الاعتداد لها بالأشهر، أو تكتفي بتربص أربع سنين ؟ ، وكل ذلك مصلحة ودفع ضرر، ونحن نعلم أن دفع الضرر مقصود شرعًا [1] .

والذي يلاحظ - هنا - أن المصلحة جزئية : مصلحة امرأة المفقود ، ومصلحة المعقود عليها من الإثنين ، ومصلحة من تعوقت عدتها .

وأن الغزالي يجيب عن هذه التساؤلات مبيناً جريان المصلحة المرسلة في هذا المحل أو عدم جريانها من غير أن يقول إنه لا تجري فيه المصلحة لفقد شرط الكلية .

أما بخصوص امرأة المفقود ، والمعقود عليها بعقدين - فيقول الغزالي : المسألتان الأوليان مختلف فيهما في محل الاجتهاد ، فقد قال

---

(١)- المستصفي (٢٥٦، ٢٥٧).

عـمـر : تنكح زوجة المفقود بعد أربع سنين من انقطاع الخبر، وبه قال الشافعي في القديم ، وقال في الجديد : تصبر إلي قيام البينة علي موته، أو انقضاء مدة يعلم انه لا يعيش إليها ، ويعلل الغزالي لذلك فيقول : « لأنا إن حكمنا بموته بغير بينة فهو بعيد ؛ إذ لاندراس الأخبار اسباب سوي الموت ، لاسيما في حق الخامل الذكر ، النازل القدر، وإن فسخنا فالفسخ إنما يثبت بنص ، أو قياس علي منصوص ، والمنصوص : أعذار من جهة الزوج من إعسار ، وجب ، وعنة، فإذا كانت النفقة دائمة فغايته الامتناع عن الوطء ، وذلك في الحضرة لا يؤثر ، فكذلك في الغيبة .

فإن قيل : سبب الفسخ دفع الضرر عنها ، ورعاية جانبها ، فيعارضه أن رعاية جانبه أيضًا مهم ، ودفع الضرر عنه واجب ، وفي تسليم زوجته إلي غيره في غيبته - ولعله محبوس، أومريض معذور - إضرار به ، فقد تقابل الضرران ، وما من ساعة إلا وقدوم الزوج فيها ممكن ، فليس تصفو هذه المصلحة عن معارض» (١) .

فهذه هي وجهة الفقه الشافعي - في الجديد - بخصوص امرأة المفقود :

« أنها تصبر إلي قيام البينة علي موته ، أو إلي انقضاء مدة يعلم انه لا يعيش إليها »، وهذا بخلاف القديم الذي اجري المصلحة المرسلة ، وقضي بمثل قضاء عمر .

وكذلك اختلف قول الشافعي في مسالة الوليين ...،واما تباعد الحيضة فلا خلاف فيها في مذهب الشافعي . قال الغزالي : «ولم يبلغنا

---

(١)- المستصفي (٢٥٧).

خلاف عن العلماء، وقد أوجب الله - تعالي - التربص بالأقراء إلا علي اللائي يئسن من المحيض ، وليست هذه من الآيسات، ومامن لحظة إلا ويتوقع فيها هجوم الحيض، وهي شابة ، فمثل هذا القدر النادر لايسلطنا علي تخصيص النص ، فإنا لم نر الشرع يلتفت إلي النوادر في أكثر الأحوال، وكان لا يبعد عندي لو اكتفي بأقصي مدة الحمل ، وهو : أربع سنين ، لكن لما أوجبت العدة مع تعليق الطلاق علي يقين البراءة غلب التعبد » [1] . والغزالي ينزل في الإجابة عن تلك التساؤلات - عن شرط الكلية الذي اشترطه لاعتماد المصالح المرسلة .

كما أنه يستفاد من جملة هذه التساؤلات والإجابة عليها أن اعتماد المصالح المرسلة في مثل هذه الوقائع هو ما تقطع به المضار كما هو القديم من مذهب الشافعي .

ويستفاد - أيضًا - أنه لا يؤخذ بالمصالح المرسلة فيما إذا عارضت النصوص ،كما هو الشأن فيمن تعوقت عدتها ؛ وفيما إذا كان المحل تشوبه شائبة التعبد .

وينتهي الغزالي إلي تقرير العمل بالمصلحة سواء كانت ضرورية - ولو في حق شخص واحد ..، أو حاجة عامة لكافة الخلق ؛ إذْ ذلك عمل بالنصوص التي تقرر من مجموعها أن للشرع مقاصد ترجع إلي حفظ مصالح الناس الضرورية ، والحاجية .....إلخ، لا أن العمل بالمصلحة أصل خامس مستقل ، وذلك حيث يقول : « لأنا رددنا المصلحة إلي حفظ مقاصد الشرع ، ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة، والإجماع ، فكل

---

(١)- المصدر السابق (٢٥٧).

مصلحة لا ترجع إلي حفظ مقصود فهم من الكتاب ، والسنة، والإجماع ، وكانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرفات الشرع ، فهي باطلة مطروحة ، ومن صار إليها فقد شرع .

وكل مصلحة رجعت إلي حفظ مقصود شرعي، علم كونه مقصودا بالكتاب ، والسنة ، والإجماع – فليس خارجًا من هذه الأصول ، لكنه لا يسمي قياسًا ، بل مصلحة مرسلة ؛ إذ القياس أصل معين ، وكون هذه المعاني مقصودة – عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لا حصر لها من الكتاب ، والسنة وقرائن الأحوال، وتفاريق الأمارات – تسمي لذلك : مصلحة مرسلة » (١) .

وعلي هذا فإنه تكون المصلحة المرسلة حجة، وهو قول الغزالي : « وإذْ فسرنا المصلحة بالمحافظة علي مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها، بل يجب القطع بكونها حجة، وحيث ذكرنا خلافًا ، فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين ، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوي » (٢) .

ويقال حينئذ : إنه ينبني علي ذلك قطع المضار – كما هو مقتضي العمل بالمصلحة – ولو بتحمل الضرر الأدني ، كما هو الشأن عندما يتعارض ضرران .

أما فخر الدين الرازي الفقيه الشافعي الأصولي النظار صاحب المحصول – فإنه يعرض للمصلحة المرسلة عرض من يتمسك بها ، ويوجب القطع بأنها حجة حيث قال بعد ذكره لمذهب مالك – الذي هو أن التمسك بالمصلحة المرسلة جائز – : واحتج عليه (أي : علي صواب هذا

---

(١) ، (٢)– المستصفي (٢٥٨).

النظر) بأن كل حكم يفرض فإما أن يستلزم مصلحة خالية عن المفسدة، أو مفسدة خالية عن المصلحة ، أو يكون خاليا عن المصلحة والمفسدة بالكلية، أو يكون مشتملا عليهما معا، وهذا علي ثلاثة أقسام ؛ لأنهما إما أن يكونا متعادلين ، وإما أن تكون المصلحة راجحة، وإما أن تكون المفسده راجحة» .

فهذه ستة أقسام [1] :

أحدها : أن يستلزم مصلحة (منفعة) خالية عن المفسدة ، وهذا لابد أن يكون مشروعًا؛ لأن المقصود من الشرائع – رعاية المصالح.

والثاني : أن يستلزم مصلحة راجحة، وهذا – أيضا – لا بد أن يكون مشروعًا ؛ لأن ترك الخير الكثير لأجل الشر القليل – شر كثير .

والثالث : أن يستوي الأمران ، فهذا يكون عبثًا فوجب أن لا يشرع .

والرابع : أن يخلو عن الأمرين ، وهذا – أيضا – يكون عبثا : فوجب أن لا يكون مشروعا .

والخامس : أن يكون مفسدة خالصة ، ولا شك أنها لا تكون مشروعة.

وسادسها : أن يكون مافيه من المفسدة راجحا علي ما فيه من المصلحة ، وهو– أيضًا – غير مشروع ؛ لأن المفسدة الراجحة واجبة الدفع بالضرورة.

---

(١) المحصول (ق٣ / جـ٢ / ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤).

وقد علق الرازي علي هذا فقال : « وهذه الأحكام المذكورة – في هذه الأقسام الستة : كالمعلوم بالضرورة – أنها دين الأنبياء ، وهي المقصود من وضع الشرائع ، والكتاب والسنة دالان علي أن الأمر كذلك : تارة بحسب التصريح ، وأخري بحسب الأحكام المشروعة – علي وفق هذا الذي ذكرناه .

غاية ما في الباب : أنا نجد واقعة – داخلة تحت قسم من هذه الأقسام، ولا يوجد لها في الشرع ما يشهد لها – بحسب جنسها القريب ، لكن لابد وأن يشهد الشرع – بحسب جنسها البعيد علي كونه خالص المصلحة، أو المفسدة ، أو غالب المصلحة ، أو المفسدة : فظهر أنه لا توجد مناسبة إلا ويوجد – في الشرع – مايشهد لها بالاعتبار، إما بحسب جنسه القريب ، أو بحسب جنسه البعيد » [1]. وينتهي الرازي –بعد هذا– إلي أنه إذا ثبت هذا وجب القطع بكونه حجة للمعقول[2]، والمنقول[3] وأن مجموع ذلك يدل علي جواز التمسك بالمصالح المرسلة [4] .

---

(١) المحصول (ق٣ / جـ٢ / ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤).

(٢) المصدر السابق . قال الرازي : «أما المعقول فلأنا قطعنا بأن المصلحة الغالبة علي المفسدة – معتبرة قطعا عند الشرع، ثم غلب علي ظننا أن هذا الحكم مصلحته غالبة علي مفسدته : تولد من هاتين المقدمتين ظن أن هذه المصلحة معتبرة شرعًا ، والعمل بالظن واجب..؛ ولما ذكرنا أن ترجح الراجح علي المرجوح من مقتضيات العقول».

(٣)– المحصول (ق ٣ / جـ٢/ ٢٢٤). قال الرازي :« أما المنقول : فالنص ، والإجماع ، أما النص – فقوله – تعالي – : {فاعتبروا} (آية (٢) سورة الحشر) – أمر بالمجاوزة، والاستدلال بكونه مصلحة علي كونه مشروعًا مجاوزة ، فوجب دخوله تحت النص .

وأما الإجماع فهو أن من تتبع أحوال مباحثات الصحابة علم قطعا أن هذه الشرائط – التي يعتبرها فقهاء الزمان في تحرير الأقيسة والشرائط المعتبرة في العلة ، والأصل والفرع – ماكانوا يلتفتون إليها ، بل كانوا يراعون المصالح ؛ لعلمهم أن المقصد من الشرائع : رعاية المصالح» .

(٤)– المحصول (ق ٣ / جـ ٢ / ٢٢٥).

وهكذا فإنه يظهر اعتبار الرازي للمصالح المرسلة ، وتمسكه بالأخذ بها ،كما يظهر أن المصالح المرسلة - عنده- هي ما يشهد لها الشرع بحسب جنسها البعيد ، وذلك علي ضوء ما عرض له من الأقسام الستة المتقدمة .

وحاصل ذلك : قطع المفاسد(المضار) ، وجلب المنافع إن أمكن ، وإلا فإنه يرجح قطع المفاسد الأشد بتحمل تفويت المنافع الأقل، وهو قاعدة « درء المفاسد يقدم علي جلب المنافع » عند التعارض .

وكل هذا يعضد من وجهة النظر التي تقول بأن العمل بالمصالح المرسلة سَبِيْلٌ يُتَوَصَّل بها إلي قطع المضار إما جملة ، وإما بتحمل الأخف لإزالة الأشد .

وفي المذهب الشافعي مسائل تعبر عن وقائع أفتي فيها علماء المذهب بمقتضي المصلحة ؛ تيسيراً علي الناس في قضاء حوائجهم، ورفعًا للحرج والمشقة عن كواهلهم ، ونحو ذلك مما هو في معني قطع المضار ، ومنع المفاسد والشرور، ومن هذه الفروع :

أنه يجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم ؛ لما يلحق الحجيج من الحرج لو لم يبح لهم .

قال في «المهذب» : « ويجوز رعْي الحشيش ؛ لأن الحاجة تدعو إلي ذلك »وذلك بعد قوله : «ويحرم قطع حشيش الحرم» ؛ لقوله - ﷺ - : «ولا يختلي خلاها» (١) .

---

(١)- المهذب (١/ ١٩٣) ، والحديث أخرجه البخاري ومسلم ، البخاري مع الفتح (٣ / ٢٥٣) كتاب الجنائز، باب «الإذخر والحشيش في القبر» ، ومسلم مع شرح النووي (٩/١٢٥) كتاب الحج ، باب: «تحريم مكة ، وتحريم صيدها ، وخلاها».

وفي شرح النووي : الخلا بفتح الخاء المعجمة مقصور هو : الرطب من الكلأ . قال النووي : واتفق العلماء علي تحريم قطع خلاها .

فهذا فرع أفتي فيه الشافعية بمراعاة المصلحة دون اعتماد علي النص ، والإجماع، والقياس ، بل استثناء من النص .

كذلك فإنهم يفتون بجواز ضمان الدرك مع مخالفته للقياس .

قال في المهذب : « ويصح ضمان الدرك علي المنصوص ...؛ لأن الحاجة داعية إليه ؛ لأنه يسلم الثمن ، ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع ، ولا يمكنه أن يأخذ الثمن رهنًا ؛ لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهنًا، ولايمكنه أن يستوثق بالشهادة ؛ لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان .....» [1] .

ومفاد هذا : أن اعتماد المصالح المرسلة ، والأخذ بها يؤدي إلي رفع الحرج، والتيسير علي الناس، وذلك داخل تحت معني قطع المضار، فيكون العمل بالمصالح المرسلة موصلا إلي منع المفاسد ، وقطع المضار.

ومن عمل الشافعي بالمصلحة المرسلة ما جاء في «الأم» من أنه إذا شهد الشاهدان ، أو الشهود علي رجل بشيء يتلف من بدنه ، أو ينال منه مثل قطع ، أو جلد، أوقصاص في قتل ، أوجرح ، وفعل ذلك به، ثم رجعوا ، فقالو :عمدنا أن ينال ذلك منه بشهادتنا ، فهي كالجناية عليه ما كان فيه من ذلك قصاص خير بين أن يقتص ، أو يأخذ العقل، ومالم يكن فيه من ذلك قصاص ، أخذ فيه العقل، وعزروا دون الحد [2] .

فالقول بهذا لا يعتمد علي دلالة نص من كتاب ، أو سنة؛ إذ ليس في شيء منهما مما دل علي شرعة القصاص- ما يدل علي أن الشهود

---

(١)- المهذب (١/ ٤٥٠). وفي تكملة المجموع للمطيعي (١٤/ ٣٧)« أن ضمان الدرك : هو أن يشتري رجل عينًا بثمن في ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن إن خرج المبيع مستحقًا ».
(٢)- الأم للإمام الشافعي (٧/ ٥٠).

يقتص منهم إذا رجعوا عن شهاداتهم بعد أن نيل من المشهود عليه بسببها، وإنما هو استصلاح يعتمد علي ما تقتضيه مصلحة حقن الدماء، وصونها عن غائلة المكر ،والأحقاد، وهو ملائم لشرعة القياس، ولا يضير ذلك أن الشافعي يعتبره قياسا ؛ إذ ليس في التسمية والخلاف فيها كبير غرض، أو شأن [1] .

فهذا مثال ظاهر في العمل بالمصلحة المرسلة وقد انبني عليه جبر المضرور، وشفاء نفسه : إما بالقصاص ، وإما بقبول العقل، وفي ذلك قطع لما يشعر به من التألم الذي هو المضرة، فيكون العمل بالمصلحة سبيلاً يتوصل به إلي إزالة الضرر بإزالة آثاره المترتبة عليه .

وجاء في «الأم» – أيضًا – ما يشبه هذا، وهو قوله : ولو شهدوا علي رجل أنه طلق امرأته ثلاثًا، ففرق بينهما الحاكم ، ثم رجعوا ، أغرمهم الحاكم صداق مثلها إن كان دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها غرمهم نصف صداق مثلها ؛ لأنهم حرموها عليه ، ولم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها ، ولا ألتفت إلي ما أعطاها قل أو كثر ، إنما ألتفت إلي ما أتلفوا عليه فأجعل له قيمة [2] .

فالحكم بالتغريم – كما هو مقتضي العمل بالمصلحة – فيه جبر للمضرور، وهذا سبيل لرفع الضرر برفع ما ترتب عليه من أثر ، وفيه أيضًا عقوبة لمحدث الضرر بشهادته ردعًا لنفسه، وزجراً لها بأن يلتزم تجاه المضرور بالتعويض .

---

(١)– ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للدكتور: محمد سعيد رمضان البوطي – مؤسسة الرسالة – الطبعة الخامسة . ص (٣٢٩).

(٢)– الأم (٧ / ٥٠) .

وهكذا فإنه يظهر اعتداد المذهب الشافعي بالعمل بالمصالح المرسلة، وأن العمل بذلك سبيل يتوصل به إلي قطع المضار وإزالة آثارها، وعقوبة محدث الضرر، وجبر المضرور، ونحو ذلك مما تقدم.

ونتحول بعد هذا إلي المذهب الحنفي لنعرض لموقفه من العمل بالمصالح المرسلة وعلاقة ذلك بقطع المضار.

رابعاً: موقف المذهب الحنفي من المصالح المرسلة وعلاقة ذلك بقطع المضار

عرفنا مما سبق أن المصلحة المرسلة : هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع، وذلك بأن تدخل تحت جنس اعتبره الشارع في الجملة من غير أن يدل عليه دليل معين ؛ إذ الدليل المعين : هو ما يشهد لاعتبار عين المصلحة ، وأدلة المصلحة المرسلة لاتشهد لعينها أوذاتها ، وإنما تشهد لجنسها.

وهذا معني يكاد أن يكون متفقًا علي الأخذ به من قبل المذاهب الأربعة : الثلاثة التي ذكرت بالإضافة إلي المذهب الحنفي، ويؤكد من اعتماد الحنفية المصالح المرسلة أن بين الفتاوي التي رويت عن الإمام أبي حنيفة – رحمه الله – وصاحبيه ، وبعض المجتهدين من رجال مذهبه – فتاوي قامت علي رعاية المصلحة وحدها .

فمن ذلك : أن أبا حنيفة اختلف عنه في مسألة « دفع الزكاة لبني هاشم»، فروي عنه أنه قال : « لا بأس بالصدقات كلها علي بني هاشم»[1] .

---

(١)– شرح معاني الآثار لأبي جعفرالطحاوي الحنفي – ط : دار الكتب العلمية (٢ / ١١).

وروي أبو عصمة عن أبي حنيفة : أنه يجوز في هذا الزمان (يعني : دفع الزكاة لبني هاشم) ، وإن كان ممتنعًا في ذلك الزمان [١] .

قال الطحاوي : وذهب في ذلك - عندنا - إلي أن الصدقات إنما كانت حرمت عليهم من أجل ما جعل لهم في الخمس من سهم ذوي القربي ، فلما انقطع ذلك عنهم ، ورجع إلي غيرهم بموت رسول الله - ﷺ - حل لهم بذلك ما قد كان محرمًا عليهم من أجل ما قد كان حل لهم[٢] .

علي أن ذلك مخالف لما جاءت به السنة، ففي صحيح مسلم عن النبي - ﷺ - أنه قال : «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس» [٣] .

فهذه فتوي ملحوظ فيها رعاية مصلحة بني هاشم ، بدفع المفسدة التي تترتب علي منعهم الصدقة ، وهم من قبل قد منعوا الخمس ، وهذا قطع لضرر الفقر عنهم ، وإعطاء الزكاة لهم أسهل من تعاطيهم خدمة الذمي ، والفاجر ، والكافر .

وقد روي أبو يوسف عن الإمام أنه «إذا أصاب المسلمون غنائم من متاع، أو غنم، فعجزوا عن حمله - ذبحوا الغنم، وحرقوا المتاع، وحرقوا لحوم الغنم كراهية أن ينتفع بذلك أهل الشرك» [٤] .

---

(١)- فتح القدير (٢/ ٢٧٢).

(٢)- شرح معاني الآثار (٢/١١).

(٣)- مسلم بشرح النووي (٣ / ١٢٥) كتاب الزكاة، باب «تحريم الزكاة علي رسول الله - ﷺ - وعلي آله» .

(٤)- الرد علي سير الأوزاعي لأبي يوسف (٨٣) ، تصحيح وتعليق أبو الوفا الأفغاني ، نشر حيدر أباد الدكن بالهند .

وهو ما عليه المذهب ، ففي «فتح القدير» : وإذا أراد الإمام العود (يعني بعد المعركة) ، ومعه مواشٍ، فلم يقدر علي نقلها إلي دار الإسلام - ذبحها ، وحرقها ، ولا يعقرها، ولا يتركها. ويعلل الكمال لذلك : بأن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ، وأنه لا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء، ويزيد علي هذا بأن يحرقه بالنار لينقطع منفعته عن الكفار..، وتحرق الأسلحة أيضاً ، وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ؛ إبطالاً للمنفعة عليهم (١) .

وفي «الدر المختار» : وحرم عقر دابة شق نقلها إلي دارنا، فتذبح وتحرق بعده ؛ إذ لا يعذب بالنار إلا ربها ، كما تحرق أسلحة ، وأمتعة تعذر نقلها ، ومالا يحرق منها : كحديد- يدفن بموضع خفي (٢) .

وهذه الفتوي لأبي حنيفة - والتي عليها المذهب - ملحوظ فيها رعاية مصلحة المسلمين ، بدفع المفسدة التي تترتب علي ترك هذه الغنائم في أيدي أعدائهم يتقوون بها (٣) .

وكل هذا ظاهر في الدلالة علي أن العمل بالمصالح المرسلة يتوصل به إلي قطع المضار، ودفع المفاسد.

وقد أفتي أبو يوسف ومحمد بتضمين الأجير المشترك خلافًا لأبي حنيفة، إلا أن يكون من شيء غالب : كالحريق الغالب، والعدو المكابر (٤).

---

(١)- فتح القدير (٥ / ٤٧٦، ٤٧٧).

(٢) - الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية رد المحتار (٤ / ١٤٠).

(٣)- المصلحة في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفي زيد (٤٦).

(٤)- الهداية (٣ / ٢٤٤) ، وحاشية رد المحتار (٦/ ٦٥).

قال في «التبيين» : وبقولهما يفتي اليوم لتغير أحوال الناس، وبه تحصل صيانة أموالهم [1] .

وهذه الفتوي مستندها المصلحة ؛ إذ القياس - عندهم- أنه لا يضمن ماهلك بغير صنعه قبل العمل، أو بعده ؛ لأن يده يد أمانة ، وقد أفتي أبو حنيفة، وزفر بالقياس.

والذي يظهر أن العمل بمقتضي المصلحة هو ما فيه صيانة أموال الناس ، وقطع المضار عنهم؛ إذ من شأن إيجاب الضمان علي الأجير المشترك أن يكون حافظًا مؤديًا ، لا مفرطا، ولاخائنًا، وهذا دفع للمفاسد وقطع للمضار من أسبابها البعيدة حيث احتمالات وقوعها .

وبقي أن يقال : إن حظ المصلحة في الفقه الحنفي - كما يري بعض الباحثين المعاصرين - يكمن في دليلين من أهم الأدلة التي امتاز بها هذا الفقه ، وهما : الاستحسان ، والعرف [2] .

وسوف نفصل القول بهذا الخصوص في مبحثين مستقلين ، أحدهما: للاستحسان، والآخر للعرف، ، سيأتيان في موضعهما .

خاتمة هذا المبحث

ولعله تكون قد اتضحت حقيقة العلاقة بين الضرر ومصطلح المصلحة من خلال مجموع هذا الذي قدمت .

علي أنه يمكن إجمال الكلام في ذلك بما حاصله :

---

(١)- تبيين الحقائق (٥ / ١٣٥).

(٢)- ضوابط المصلحة للبوطي (٣٣١)، والمصلحة للدكتور مصطفي زيد (٤٧، ٤٨).

١- أن مراعاة الشريعة للمصلحة - دليل علي مراعاتها للضرر : قطعًا له، ومنعًا منه؛ إذ إن المصلحة - كما تقرر - لها جانبان، أحدهما : جلب المنافع، والثاني : دفع المفاسد (قطع المضار)، فيكون قطع المضار متضمنًا في كلمة المصلحة، ومندرجًا تحتها .

٢- كذلك فإنه يقوم دفع المضار في مواجهة جلب المنافع في وقائع كثيرة، وحادثات عدة، ويكون راجحا عليه، وهو (يعني : جلب المنافع) بالنسبة له - مرجوح، فتكون المصلحة قاضية بتقديم دفع المضار علي جلب المنافع، وهي قاعدة الشريعة : «أن درء المفاسد مقدم علي جلب المنافع».

٣- أن المصلحة المرسلة هي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشرع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار، أو الإلغاء، ويحصل من بناء الحكم عليها جلب منفعة، أو دفع مضارة.

وهذا معني يكاد أن يكون متفقا علي الأخذ به من قبل المذاهب الأربعة :

٤- أن التوسع في مراعاة المصالح بالعمل بالمصالح المرسلة ينبني عليه اتساع دائرة مراعاة الشريعة للضرر.

وقد أمكن ملاحظة ما يأتي من تطبيقات العمل بالمصالح المرسلة في المذاهب الأربعة :

(أ) - أنه كثيراً ما يكون العمل بالمصالح المرسلة سبيلاً يتوصل به إلي قطع المضار من أسبابها البعيدة، حيث احتمالات وقوعها، ومثل هذا تضييق لجهات وقوع الضرر، وغلق للأبواب المؤدية إليه .

(ب) – أن العمل بالمصالح المرسلة قد يكون سبيلاً يتوصل به إلي قطع ضرر أكبر بتحمل ضرر أقل، ومثل هذا وإن لم يكن قطعًا للضرر بالكلية ، فهو قطع للقدر الأكبر منه، وتقليل له .

(جـ)– أن العمل بالمصالح المرسلة – في بعض الأحيان – ينبني عليه قطع الضرر عن الناس بالتيسير عليهم في أمور المعايش ، وقضاء حوائجهم، ورفع الحرج والمشقة عن كاهلهم.

(د) – أن السياسة الشرعية التي هي : « فعل ما يصبح الناس به أقرب إلي الصلاح، وأبعد عن الفساد » – قائمة في كثير من أسسها علي المصالح المرسلة ، ومثل هذا ظاهر في الدلالة علي قطع المضار؛ إذْ إن رفع المفاسد وقطع المضار غاية أصيلة للسياسة الشرعية ، كما هو مفاد التعريف المذكور .

(هـ) – أن العمل بالمصالح المرسلة يمكِّن للشريعة من إنزال العقاب الرادع بكل محدث ضرر، ومتسبب في فساد ، ومثل هذا تضييق لجهات وقوع الضرر، بل إنه يمنع منه، فعقوبة المفسدين يحصل بها الردع لهم عن الإضرار ، وتؤدي إلي ازدجار المجموع عن الإقدام علي مثل هذه المفاسد (المضار).

وهذا يعني أن اعتبار المصالح المرسلة يكون بمثابة السيف المسلط للشريعة الذي يمكِّنها من قطع المضار من أسبابها البعيدة حيث احتمالات وقوعها ، فتمنع منها قبل الوقوع .

(و) –أن الحكم – بالتغريم – بمقتضي العمل بالمصلحة المرسلة – فيه جبر للمضرور، وشفاء لنفسه، وفي هذا ذهاب لما يشعر به من التألم الذي هو المضرة، فيكون العمل بالمصلحة سبيلاً يتوصل به إلي إزالة الضرر

بإزالة آثاره المترتبة عليه ، وفيه – أيضا – عقوبة لمحدث الضرر ردعًا لنفسه ، وذلك بأن يلتزم تجاه المضرور بالتعويض ،وفيه زجر لمن تسول له نفسه إتيان مثل هذا.

(ز)– أن صيانة أموال الناس وقطع المضار عنهم في ذلك مما يتوصل إليه – في بعض الأحيان – عن طريق العمل بالمصالح المرسلة .

(ح) أن العمل بالمصالح المرسلة – فى بعض الأحيان – ينبنى عليه قطع المضار ودرء المفاسد عن طريق إبطال أسبابها من مثل التحايل على تفويت حق الغير ونحو ذلك .

وهكذا يظهر أن العمل بالمصالح المرسلة إنما هو – في كثير من الأحوال – أحد سبل الشريعة لقطع المضار وتقليلها .

وجملة هذا الذي انتهي إليه البحث بعد الاستقراء والنظر هو حقيقة العلاقة بين الضرر ومصطلح « المصلحة » .

ونعرض علي الصفحات التالية للعلاقة بين الضرر ومصطلح « الاستحسان » .

****

المبحث الثاني

في : العلاقة بين الضرر ومصطلح الاستحسان

مقدمة :

كثيراً ما يجد القارئ في كتب الحنفية هذه العبارة : الحكم في المسألة قياسًا كذا، واستحسانًا كذا ، وقد تقدم مثل ذلك عند عرض موقف الفقه الحنفي من العمل بحديث : «لا ضرر ولا ضرار» ، وهل يقيد به تصرف الإنسان في خالص ملكه ؟ ؛ إذ إن الحنفية رأوا أنه يقيد تصرف الإنسان بالحديث إذا كان يترتب عليه ضرر بيِّن (ظاهر)، ثم قالوا : استحسانا ؛ لأنه خلاف القياس ؛ إذ القياس : أن الملك مطلق للتصرف .

ويعبر صاحب تبيين الحقائق عن ذلك بقوله : «ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين ، أو رحًا للطحن ، أو مدقات للقصارين - لم يجز ؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً (يعني بينًا) لا يمكن التحرز عنه ، والقياس أنه يجوز ؛ لأنه تصرف في ملكه ، وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة» [1] .

ومثل هذا القول ظاهر الدلالة علي أن الاستحسان الذي ترك له القياس إنما هو مسلك الفقه الحنفي لتحقيق المصلحة التي هي - هنا - : قطع المضرة عن الغير .

وقد جاء عن مالك : «أن الاستحسان تسعة أعشار العلم» ، ورواه أصبغ عن ابن القاسم عن مالك . وقال أصبغ في الاستحسان : «قد يكون

---

(١) - تبيين الحقائق للزيلعي (١٩٦/٤).

أغلب من القياس». وجاء – أيضًا – عن مالك : «إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة» (١) .

وقال القاضي يعقوب الحنبلي : «القول بالاستحسان مذهب أحمد – رحمه الله – وهو أنْ تترك حكمًا إلي حكم هو أولي منه» (٢) .

إذًا فما هي حقيقة الاستحسان ؟ وما هي العلاقة التي بينه وبين الضرر؟ والإجابة عن ذلك علي هذ ا النحو :

أولاً : الكلام بخصوص حقيقة الاستحسان

قدم علماء الأصول للاستحسان تعريفات عدة تبين حقيقته، ومن ثم فإننا نتحول إلي كتب هؤلاء العلماء لنقف علي حقيقة ذلك المصطلح ، ونبدأ بكتاب : «أصول السرخسي» ، حيث يقول مصنفه – رحمه الله تعالي – :

« وهو (يعني الاستحسان) في لسان الفقهاء نوعان:

– العمل بالاجتهاد ، وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولاً إلي آرائنا نحو المتعة المذكورة في قوله – تعالي – : ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾(٣) ، أوجب ذلك بحسب اليسار ، والعسرة، وشرط أن يكون بالمعروف ، فعرفنا أن المراد بما يعرف استحسانه بغالب الرأي(٤) ، وكذلك قوله – تعالي – : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ

(١)– الاعتصام للشاطبي (٢/١٣٨)، والموافقات (٤ / ٢٠٩).

(٢)– روضة الناظر لابن قدامة ، ومعها شرحها : نزهة الخاطر للدومي (١/ ٤٠٧).

(٣)– آية (٢٣٦) سورة البقرة

(٤)– ومن ذلك قول الشافعي – رحمه الله – : «أستحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهمًا»، ومثل هذا لاخلاف فيه كما قال السرخسي . انظر الإبهاج شرح المنهاج (٣/ ١٩١).

وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١) ، ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف في هذا النوع من الاستحسان .

- **والنوع الآخر** : هو الدليل الذي يكون معارضًا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام[الأفهام] قبل إنعام التأمل فيه ، وبعد إنعام التأمل في حكم الحادثة ، وأشباهها من الأصول - يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة، فإن العمل به هو الواجب » (٢) .

وسموا ذلك استحسانًا للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأفهام قبل التأمل، علي معني أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر ؛ لكونه مستحسنًا لقوة دليله .

ويقول السرخسي في « المبسوط » :

« كان شيخنا الإمام يقول : الاستحسان ترك القياس ، والأخذ بما هو أو فق للناس ، وقيل الاستحسان : طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلي فيه الخاص والعام ، وقيل : الأخذ بالسعة، وابتغاء الدعة ، وقيل : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة »(٣) ، وقد علق السرخسي علي ذلك بقوله : « حاصل هذه العبارات أنه (يعني الاستحسان) ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين ، قال - تعالي- : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾(٤) ....، والقياس ، والاستحسان في الحقيقة قياسان ، أحدهما جلي ضعيف أثره فسمي قياسًا ، والآخر خفي قوي أثره فسمي استحسانا،

---

(١)- آية (٢٣٣) سوة البقرة.
(٢)- أصول السرخسي ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني. ط : دار المعرفة - بيروت . (جـ٢/ ٢٠٠).
(٣)- المبسوط (١٠/١٤٥).
(٤)- آية (١٨٥) سورة البقرة.

أي : قياسًا مستحسنا ، فالترجيح بالأثر (يعني قوة التأثير) لابالظهور، ولا بالخفاء » [1] .

وقال ابن عابدين في حاشيته علي الدر:

« الاستحسان – كما قال الكرخي – قطع المسألة عن نظائرها لما هو أقوي ، وذلك الأقوي هو دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه أفهام المجتهدين ، نصًا كان، أو إجماعًا ، أو قياسًا خفيًا » [2].

وقد قال بعض الحنفية في تعريف الاستحسان :

« إنه عبارة عن دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه » [3] .

ومنهم من قال إنه عبارة عن « العدول عن موجب قياس إلي قياس أقوي منه » [4] . أو هو « تخصيص قياس بدليل أقوي منه » [5] .

---

(١)- المبسوط (١٠/١٤٥).

(٢)- حاشية رد المحتار (١/٢١٩) . قال في التلويح (٢/٨١) : قال الكرخي (يعني في تعريف الاستحسان) : « هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلي خلافه بوجه هو أقوي»، وقد اعترض عليه بأنه يدخل فيه العدول عن حكم العموم إلي مقابله للدليل المخصص ، والعدول عن حكم الدليل المنسوخ للدليل الناسخ، وليس باستحسان عندهم . التلويح (٢ / ٨١) ، والمعتمد لأبي الحسين البصري (٢ / ٢٩٦) . ط : دار الكتب العلمية– بيروت ، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/٣٩٢) . ط : دار الكتب العلمية – بيروت .

(٣)- التلويح علي التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني (٢/٨١) ، وقد اعترض عليه ؛ لأن قوله : (ينقدح) إن كان بمعني أن المجتهد شاك بين اعتباره دليلاً حقًا ، أو وهما فاسداً – فهو أمر مردود ؛ لأن الأحكام الشرعية لا تثبت بمجرد الاحتمال والشك ، وإن كان بمعني أنه يتحقق ثبوته في الواقع ، وأنه دليل شرعي يجب العمل به ، فهذا لا خلاف في قبوله اتفاقًا . الإحكام للآمدي (٤ / ٣٩١).

(٤)- التلويح (٢/ ٨١) . وقد انتقد هذا التعريف – أيضًا– ؛ لأنه غيرجامع لكل أنواع الاستحسان، فهو لايشمل الاستحسان بالنص من كتاب أو سنة، والاستحسان بالإجماع ، أو بالعرف والعادة، أو بالضرورة، أو بالمصلحة .

(٥)- المصدر السابق .

وقال في مسلم الثبوت : « ليس الاستحسان عندنا إلا دليلاً معارضًا لقياس» (١) .

ونترك المذهب الحنفي إلي حيث المذهب المالكي؛ لنقف علي حقيقة الاستحسان عند المالكية .

ونبدأ بقول الباجي : « ذكر محمد بن خويز منداد من أصحابنا أن معني الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك – رحمه الله – : القول بأقوي الدليلين ، مثل تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر للسنة الواردة في ذلك............» (٢) .

أما الشاطبي فيقول في تعريف الاستحسان في المذهب :

« وهو – في مذهب مالك – الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي ، ومقتضاه : الرجوع إلي تقديم الاستدلال المرسل علي القياس ، فإن من استحسن لم يرجع إلي مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلي ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة : كالمسائل التي

---

(١)– مسلم الثبوت لابن عبد الشكور مع شرحه فواتح الرحموت (٢/٣٢١). ط : دار العلوم الحديثة – لبنان، بهامش المستصفي للغزالي . وقد استقصي أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي في كتابه مناهج التشريع (١ / ٣٥٩: ٣٦٣) كل ما يطلق عليه أنه استحسان عند الحنفية ، وقد خلص إلي أنه تطلق لفظة استحسان في الفقه الحنفي علي ستة مفاهيم : الأول : ترك القياس لخبر صح عند أبي حنيفة عن رسول الله – ﷺ – .

الثاني : ترك القياس العقلي لإجماع الصحابة.

الثالث : ترك القياس العقلي لآثار عن الصحابة.

الرابع: ترك القياس العقلي لفعل الصحابي .

الخامس : ترك القياس العقلي للعرف السائد في المجتمع .

السادس: ترك القياس المتبادر إلي الذهن في المسألة لاعتبار عقلي يراه المستحسن مقتضيها لهذا الترك أكثر تحقيقًا للمصلحة .

(٢)– إحكام الفصول في أحكام الأصول (٢/٥٦٤). ط : مؤسسة الرسالة .

يقتضي فيها القياس أمرًا ، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلي فوت مصلحة من جهة أخري، أو جلب مفسدة كذلك ، وكثيرًا ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي ، والحاجي مع التكميلي ، فيكون إجراء القياس مطلقًا في الضروري يؤدي إلي حرج ومشقة في بعض موارده، فيستثني موضع الحرج .....، وله في الشرع أمثلة كثيرة » (١) .

ومن هذه الأمثله التي ذكرها الشاطبي : القرض، فإنه ربًا في الأصل؛ لأنه الدرهم بالدرهم إلي أجل ؛ ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة علي المحتاجين ، بحيث لو بقي علي أصل المنع لكان في ذلك ضيق علي المكلفين.

وبيع العرية بخرصها تمرًا ، فإنه بيع الرطب باليابس، لكنه أبيح لما فيه من الرفق، ورفع الحرج بالنسبة للمعري والمعري ، ولو امتنع مطلقا لكان وسيلة لمنع الإعراء، كما أن ربا النسيئة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه.

ومثله : الجمع بين المغرب والعشاء للمطر ، وجمع المسافر، وقصر الصلاة، والفطر في السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر الترخصات التي علي هذا السبيل ، فإن حقيقتها ترجع إلي اعتبار المآل في تحصيل المصالح، أو درء المفاسد علي الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك، فلو بقينا مع أصل الدليل العام لأدي إلي رفع ما اقتضاه هذا الدليل من المصلحة ، فكان الواجب رعي ذلك المآل إلي أقصاه ، ومثله الاطلاع علي العورات في التداوي، والقراض، والمساقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع (٢) .

---

(١)- الموافقات (٤ / ٢٠٥، ٢٠٦) .

(٢)- المصدر السابق (٤/ ٢٠٧).

يقول الشاطبي : «هذا نمط من الأدلة علي صحة القول بهذه القاعدة (يعني الاستحسان) وعليها بني مالك وأصحابه» [1] .

وعرفه ابن رشد ، فقال : «الاستحسان – الذي يكثر استعماله حتي يكون أعم من القياس – هو أن يكون طرحًا لقياس يؤدي إلي غلو في الحكم، ومبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعني يؤثر في الحكم يختص به هذا الموضع» [2] .

وقد قال ابن العربي في تفسير الاستحسان : «إنه إيثار ترك مقتضي الدليل علي طريق الاستثناء والترخص ؛ لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته » [3] ، وقال في موضع آخر «الاستحسان – عندنا ، وعند الحنفية – هو العمل بأقوي الدليلين ، فالعموم إذا استمر ، والقياس إذا اطرد، فإن مالكًا ، وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر ، أو معني ، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس ، ويريان تخصيص القياس ، ونقض العلة» [4] .

قال الشاطبي : «وهذه تعريفات بعضها قريب من بعض ، وإذا كان هذا معناه (أي : الاستحسان) عن مالك وأبي حنيفة – فليس بخارج عن الأدلة البتة ؛ لأن الأدلة يقيد بعضها ، ويخصص بعضها بعضًا، كما في

---

(١)– الموافقات (٤/ ٢٠٧) .

علي أننا نلاحظ أن مجموع ما قدم من هذه الأمثلة إنما يصلح للدليل علي استحسان الشرع، ويبقي أن استحسان الفقيه لم يمثل له ، وسيأتي التمثيل له –فيما بعد – أثناء كلام الشاطبي عن أنواع الاستحسان .

(٢)– الاعتصام (٢/١٣٩).

(٣) ، (٤)– الموافقات (٢ / ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩) . وانظر : أصول السرخسي (٢/٢٠١).

الأدلة السنية مع الأدلة القرآنية .... » (1) .

أما الحنابلة فيعرفون الاستحسان بأنه « العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب، أو سنة .... » (2) .

وأما أبو الحسين البصرى المعتزلى فقد قال : «الاستحسان هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ ؛ لوجه هو أقوى منه، وهو فى حكم الطارئ على الأول » (3) .

قال الآمدي: وهذا الحد (يعنى تعريف أبى الحسين السابق) وإن كان أقرب ....؛ لكونه جامعًا مانعًا، غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه : من نص ، أو إجماع ، أو غيره ، ولا نزاع فى صحة الاحتجاج به ، وإن نوزع فى تلقيبه بالاستحسان ، فحاصل النزاع راجع فيه إلى الإطلاقات اللفظية ، ولا حاصل له (4) .

---

(1)- الموافقات (2 / 208، 209).

(2)- روضة الناظر (1 / 407) . ط : مكتبة الكليات الأزهرية.

وقال القاضي يعقوب العكبري: القول بالاستحسان مذهب أحمد - رحمه الله - ، وهو «أن تترك حكمًا إلي حكم هو أولي منه». وهذا مما لا ينكر ، وإن اختلف في تسميته ، فلا فائدة في الاختلاف في المصطلحات مع الاتفاق في المعني .

(3)- المعتمد (2 / 196) . قال الأسنوي : أشار بقوله -(ترك وجه من وجوه الاجتهاد) إلي أن الواقعة التي اجتهد فيها المجتهدون لها وجوه كثيرة، واحتمالات متعددة ، فيأخذ المجتهد بواحد منها ، ثم إنه يترك هذا الوجه لما هو أقوي ، واحترز بقوله (غير شامل شمول الألفاظ) عن تخصيص العموم ، فإن الوجه الأول شامل شمول الألفاظ ، واحترز بقوله يكون (كالطارئ علي الأول) عن ترك أضعف القياسين لأجل الأقوي ، فإن أقواهما ليس في حكم الطارئ ، فإن كان طارئا فهو الاستحسان .

شرح الأسنوي علي المنهاج (3 / 145، 146).

(4)- الإحكام للآمدي (4 / 392).

ويحرر الآمدي موضع النزاع بين العلماء بهذا الخصوص حيث يقول: «إنما موضع النزاع في إطلاقهم الاستحسان علي العدول عن حكم الدليل إلي العادة» ، وحينئذ فإنه «يقال : إنْ أردتم بالعادة ما اتفق عليه الأئمة من أهل الحل والعقد، فهو حق، وحاصله راجع إلي الاستدلال بالإجماع، وإن أريد به عادة من لا يحتج بعادته : كالعادات المستحدثة للعامة فيما بينهم ، فذلك مما يمتنع ترك الدليل الشرعي به» [1] .

*** الخلاصة :**

وخلاصة هذا التطواف حول حقيقة الاستحسان – عند الأصوليين – أن تلك الحقيقة تتلخص في أمرين:

الأول : ترجيح قياس خفي علي قياس جلي بناء علي دليل .

والثاني : استثناء مسألة جزئية من أصل كلي، أو قاعدة عامة ، بناء علي دليل خاص يقتضيه؛ وذلك تحقيقًا لمصلحة (جلب منفعة، أو دفع مضرة) اعتبرها الشارع في هذا الموضع .

كذلك فإنه يظهر الفرق – كما يري بعض الباحثين – بين الاستحسان ، والمصالح المرسلة ؛ إذ إن الاستحسان يجري في مسألة لها نظير ، ولكنها استثنيت من حكم لدليل يوجب ذلك، وأما المصلحة المرسلة : فإنها تطبق في واقعة ليس لها نظير في الشرع تقاس عليه ، وإنما يثبت الحكم فيها ابتداء [2] .

---

(١)- المصدر السابق

(٢)- تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور / محمد يوسف موسي (٢٥٦) . وقد يقال – بحق – إن هذا الكلام ليس يسلم به علي إطلاقه، فهناك تداخل كبير بين المصلحة والاستحسان .

انظر : مناهج التشريع الإسلامي لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجي (٢ / ٦٢٠) . ط : جامعة الإمام محمد بن سعود – المملكة العربية السعودية .

وأن الاستحسان ليس من قبيل التشهى واتباع الهوى ، وأنه ينقسم إلى أنواع تبعاً لدليله ،وقد تقدم كلام الشاطبى فى ذلك، وقد قال السرخسى : « ثم استحسان العمل بأقوى الدليلين لا يكون من اتباع الهوي، وشهوة النفس فى شيء » [1] .

ثانياً : العلاقة بين الضرر ومصطلح الاستحسان

١– يمكن القول – بناء على ما ذكر بشأن حقيقة هذا المصطلح – إنَّ الاستحسان هو وسيلة الشريعة التى تتوسل بها إلى قطع المضار التى تنتج من إغراق الفقيه فى القياس .

وتفصيل ذلك :

« ... أن الإمكانات العقلية لكل فقيه تقدم له كثيراً من الأقيسة فى المسائل التى يبحث عن حكم ذى مستند لها، وهى أقيسة مستوفية لشروط القياس الشرعى فى شكلها ، وطريقة إجرائها ، وأركانها »[2] ، على أنه عند العمل بكثير منها يتبين للفقيه « أن العمل بها يتعارض مع أهداف التشريع الإسلامى – الذى يدور الاجتهاد فى نطاقه – كما يتعارض مع مقرراته المستخلصة من كثير جداً من النصوص والتشريعات الثابتة »[3] ، فيعدل عنها إلى الاستحسان توخيا إلى تحقيق المصلحة وقطع المضرة .

ويقرر مثل ذلك الشيخ أبو زهرة – رحمه الله – حيث يرى أن

---

(١)-أصول السرخسي(٢/ ٢٠١).

(٢)- مناهج التشريع في القرن الثاني الهجري لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجي حسن (جـ٢/ ٦٢١).

(٣)- المصدر السابق .

أبا حنيفة أكثر من الاستحسان «منعًا للقياس من أن يكون تعميم علته منافيًا لمصالح الناس التي قام الدليل من الشارع على اعتبارها» [1] .

وهذا هو معنى كلام الإمام مالك - المتقدم - : «إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة» .

وهو - أيضًا - ما أشار إليه ابن رشد حين قال : «الاستحسان - الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس - أن يكون طرحًا لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ، ومبالغة فيه ، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به هذا الموضع»، وما نقله السرخسي في «المبسوط» قريب من ذلك؛ إذ قال : «كان شيخنا الإمام يقول : الاستحسان ترك القياس ، والأخذ بما هو أوفق للناس» .

وهكذا يتأكد كون الاستحسان مسلكًا شرعيًا لتدارك ما قد يؤدي إليه القياس من ضرر أو مفسدة؛ لتظل الأحكام الشرعية جارية في نطاق ما ترجع إليه تكاليف الشريعة من تحقيق مقاصدها في الخلق، التي جملتها : تحصيل المنافع وتكميلها ، وتعطيل المفاسد (المضار) وتقليلها .

فحيث يؤدي - بنا - الإغراق في القياس إلى حكم يتعارض مع أهداف التشريع الإسلامي - الذي يجري الاجتهاد في إطاره ، ومقرراته - يكون هذا الموضع محلاً صالحًا لإعمال قاعدة الاستحسان ، وذلك وفق ما تقرر من ضوابط وكما بين الشاطبي ، حيث قال : «فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة : كالمسائل التي يقتضي القياس

---

(١)- ابو حنيفة للشيخ أبي زهرة (٣٢٤).

فيها أمراً ، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلي فوت مصلحة من جهة أخري ، أو جلب مفسدة كذلك...، فيستثني موضع الحرج ، وله في الشرع أمثلة كثيرة » .

وهنا فإنه يجب التنبيه علي أن ترك القياس حينئذ لا يعني بحال رفض العمل بأصله كمصدر من مصادر التشريع المستقلة ، إنما يعني ترك العمل به في مسألة محددة (استثناء من أصل العمل بالقياس) ، وهو قول الشاطبي – السابق – :« فيستثني موضع الحرج »، حيث يؤدي ذلك إلي تحقيق مقررات الشرع، وأهدافه من مصالح الناس عامة ، ورفع الحرج والمشقة عنهم .

ومثل هذا يمنع من إلحاق الضرر بالناس بمنع الأسباب المؤدية إليه والموجبة له، وذلك قطع للضرر من أسبابه البعيدة حيث احتمالات وقوعه .

ونلحظ – هنا – الدور الوقائي الذي يؤدي إليه العمل بالاستحسان؛ إذْ إن مقتضي العمل به : جلب المنفعة ، ومنع المضرة قبل وقوعها وقاية للناس من لحوق الضرر بهم .

٢– ويقال كذلك : إن الاستحسان هو وسيلة الشريعة التي تتوسل بها إلي قطع المضار التي تنتج من طرد الفقيه لمقتضي الدليل العام في كل الجزئيات والوقائع وذلك وفق ما سنري في أنواع الاستحسان وإلي هذا أشار القاضي ابن العربي المالكي فقال في تعريف الاستحسان : « إنه إيثار ترك مقتضي الدليل علي طريق الاستثناء ، والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته » ، وقال : «الاستحسان – عندنا – ، وعند الحنفية – هو العمل بأقوي الدليلين ، فالعموم إذا استمر ...، فإن مالكًا ، وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم باي دليل كان من ظاهر ، أو معني ، ويستحسن

مالك أن يخص بالمصلحة ، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس.....».

كما أشار إلي هذا - أيضًا - بعض المالكية حيث قالوا : «الاستحسان - في مذهب مالك - الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي .....»، وقد مثل الشاطبي لذلك بالقرض ، فإنه ربا في الأصل ؛ لأنه الدرهم بالدرهم إلي أجل، ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة علي المحتاجين، بحيث لو بقي علي أصل المنع لكان في ذلك ضيق علي المكلفين، ومثله في ذلك : بيع العرية بخرصها تمرًا ...، وكالجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وجمع المسافر، وقصر الصلاة ...، وسائر الترخصات التي علي هذا السبيل، ثم علل لها بأن « حقيقتها ترجع إلي اعتبار المآل في : تحصيل المصالح ، أو درء المفاسد علي الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك ، فلو بقينا مع أصل الدليل العام - لأدي إلي رفع ما اقتضاه هذا الدليل من المصلحة ، فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلي أقصاه ». ومعني هذا : ترك الدليل العام اعتباراً للمصلحة (التي هي : جلب المنفعة، أو دفع المضرة) في هذه الجزئية ؛ إذ إن طرد الدليل العام فيها يفوت هذه المصلحة التي علم من الشرع اعتبار جنسها .

وهذا يقتضي منا تفصيل القول في أنواع الاستحسان المذكورة في كتب الأصول ؛ لنري كيف يثبت العلماء الاستحسان تحقيقًا للمصلحة (جلبا للمنفعة ، وقطعًا للمضرة) .

ثالثا : أنواع الاستحسان من حيث الدليل الذي يثبت به

يقسم العلماء الاستحسان إلي أنواع تبعًا للدليل الذي يثبت به ، وهو : إما النص ، أو الإجماع، أو الضرورة، أو القياس الخفي، أو العرف والعادة، أو المصلحة .

١- الاستحسان بالنص :

المتصور أن يكون النص : إما قرآنا ، أو سنة، ومعني الاستحسان حينئذ : أنه يرد النص في مسألة متضمنا حكمًا بخلاف الحكم الكلي الثابت بالدليل العام ، فيعدل عن الدليل العام إلي مقتضي النص . وقد قال الغزالي في هذا النوع : «وهذا مما لا ينكر ، وإنما يرجع الاستنكار إلي اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة» (١) .

ومثال الاستحسان بالقرآن :

قول الله - تعالي - : «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها»(٢) . قال الشاطبي: «فظاهر اللفظ العموم في جميع ما يتمول به، وهو مخصوص في الشرع بالأموال الزكوية خاصة ، فلو قال قائل : مالي صدقة، فظاهر لفظه يعم كل مال، ولكنا نحمله علي مال الزكاة، لكونه ثبت الحمل عليه في الكتاب ، قال العلماء : وكان هذا يرجع إلي تخصيص العموم بعادة فهم خطاب القرآن ، وهذا المثال أورده الكرخي تمثيلاً لما قاله في الاستحسان» (٣) .

ومثال الاستحسان بالسنة :

الحكم ببقاء الصيام مع الأكل أو الشرب ناسيًا ، فمقتضي القياس ، أي : القاعدة العامة : فساد الصوم لعدم الإمساك عن الطعام والشراب ، ولكن استثني ذلك بحديث رسول الله - ﷺ - «إذا نسي فأكل أو شرب

---

(١)- المستصفي (٢٥٠).

(٢)- أية (١٠٣)سورة التوبة .

(٣)- الاعتصام للشاطبي (٢ / ١٣٩، ١٤٠).

فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه» [1] .

وكجواز عقد السلم ، فإن مقتضي القياس – أي : الدليل العام – : أنه لا يجوز باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد، وقد نهي رسول الله – ﷺ – عن بيع الإنسان ماليس عنده [2] .

ولكنه استثني من ذلك بدليل خاص ، وهو قوله – ﷺ – : «من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم .....» [3] .

وقد مثل المالكية لذلك – فيما تقدم – بجواز بيع العرايا بخرصها تمرًا ؛ لما فيه من الرفق ورفع الحرج، مع أن مقتضي القياس عدم جوازه؛ لنهي النبي – ﷺ – عن بيع كل رطب من حب أو تمر بيابسه، إلا أنه أجيز بالنص الذي فيه أن النبي –ﷺ – رخص في بيع العرايا : أن تباع بخرصها كيلا [4] .

والذي يلاحظ – هنا – أن الاستحسان عدول بحكم المسألة عن مقتضي الدليل العام إلي مقتضي الدليل الخاص بقصد الرفق ، ورفع الحرج، وليس يخفي ما في ذلك من قطع الضرر ، ودرء المفسدة .

---

(١)- أخرجه البخاري في صحيحه : البخاري مع الفتح (٤ / ١٨٣، ١٨٤) كتاب الصوم ، باب : «الصائم إذا أكل أو شرب ناسيًا» وانظر: أصول السرخسي (٢ / ٢٠٢).

(٢)- أخرجه أبو داود في سننه عن حكيم بن حزام ، السنن مع عون المعبود (٩/ ٤٠١) كتاب البيوع ، باب : « في الرجل يبيع ما ليس عنده». وانظر : أصول السرخسي (٢ / ٢٠٢) ، والتقرير والتحبير(٣/٢٢٢).

(٣)- أخرجه البخاري من حديث ابن عباس ، البخاري مع الفتح (٤ / ٥٠٠) ، كتاب السلم ، باب : «السلم في كيل معلوم ».

(٤)- تقدم الكلام عن ذلك ، وتخريج حديث بيع العرايا . وانظر الموافقات (٤ / ٢٠٧).

٢- الاستحسان بالإجماع:

وهو أن يجمع المجتهدون في مسألة علي خلاف الأصل في أمثالها ، مثل إجماع العلماء علي جواز عقد الاستصناع [١] (وهو أن يتعاقد شخص مع صانع علي صنع شيء نظير ثمن معين) ، فإن مقتضي القياس بطلانه؛ لأنه «بيع معدوم - في الحال - حقيقة ووصفًا في الذمة، وهو غير جائز - كما في غيره من البيوع - للشيء الذي لم يتعين حقيقة ، ولم يثبت في الذمة» [٢] ، ولكن ترك القياس للإجماع علي التعامل به فيما بين الناس من لدن رسول الله - ﷺ - إلي يومنا هذا ؛ «لأن القياس فيه احتمال الخطأ والغلط، فبالنص، أو الإجماع يتعين فيه جهة الخطأ ، فيكون واجب الترك لا جائز العمل به في الموضع الذي تعين جهة الخطأ فيه»[٣] .

والحكم - هنا - بمقتضي الاستحسان هو ما فيه مراعاة حاجة الناس ورفع الحرج عنهم ، ومثل هذا ظاهر في أنه قطع للمضرة .

٣- الاستحسان بالضرورة :

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد علي ترك القياس ، والأخذ بمقتضي الضرورة أو الحاجة، وذلك مثل تطهير الآبار ، والأحواض التي تقع فيها النجاسة ، فمقتضي القياس أنه لا يمكن تطهيرها بنزح الماء كله أو بعضه ؛ لأن نزح بعض الماء الموجود في البئر أو الحوض لا يؤثر في طهارة الباقي فيها ، ونزح كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد ؛ لملاقاته محل النجاسة في قاع البئر وجدرانه، والدلو تتنجس أيضًا بملاقاة

---

(١)- انظر : أصول السرخسي (٢ / ٢٠٣) ، وفواتح الرحموت (٢ / ٣٢١) ، والتقرير والتحبير (٣/٢٢٢) ، وانظر : الفتاوي الهندية (٣ / ٢٠٧).

(٢)- التقرير والتحبير (٣ / ٢٢٢).

(٣)- أصول السرخسي (٢ / ٢٠٣).

الماء، فلا تزال تعود وهي نجسة، إلا أنهم استحسنوا ترك العمل بموجب القياس ، فحكموا بالطهارة بنزح مقدار من الماء للضرورة المحوجة إليها[1] .

والحكم - هنا - بمقتضي الاستحسان هو ما فيه رفع هذا الحرج العظيم ، وقطع الضرر .

٤- الاستحسان بالعادة أو العرف :

مثاله : أن الأمة استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة ، ولا تقدير مدة اللبث، ولا تقدير الماء المستعمل ، والأصل في هذا : المنع ؛ إذ القياس يقضي بعدم الجواز ؛ لأن عقد الإجارة يقضي بتقدير الماء وغيره ، وهو العلم بالمعقود عليه علما يمنع من الجهالة المفضية إلي النزاع ، فلا يصح العقد علي المجهول ، بل إن الجهالة تفسد العقد، ولكن الاستحسان يقضي بخلاف ذلك اعتماداً علي العرف الجاري في كل زمان بترك بيان المنفعة ؛ منعًا للمضايقة منه، ورعاية لحاجة الناس إليه [2] .

قال الشاطبي : « فأما تقدير العوض فالعرف هو الذي قدره فلا حاجة إلي التقدير ، وأما مدة اللبث وقدر الماء المستعمل ، فإن لم يكن ذلك مقدراً بالعرف أيضًا فإنه يسقط بالضرورة . . . » [3] .

ومن ذلك أيضًا ما ذكر في « الاعتصام » للشاطبي من أن مذهب مالك : رد الأيمان للعرف .

قال الشاطبي : « فإنه - يعني ما لكًا - رد الأيمان إلي العرف، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف، كقوله : والله لا دخلت

---

(١)- انظر: أصول السرخسي (٢ / ٢٠٣) ، والتقرير والتحبير (٣ / ٢٢٢)، وفواتح الرحموت (٢ / ٣٢١).

(٢)- الاعتصام للشاطبي (٢ / ١٤٣) ، وانظر : الفتاوي الهندية (٣ / ٢٠٧).

(٣)- الاعتصام (١٤٣/٢) .

مع فلان بيتا : فهو يحنث بدخول كل موضع يسمي بيتا في اللغة ، والمسجد يسمي بيتا فيحنث علي ذلك، إلا أن عرف الناس أن لايطلقوا هذا اللفظ عليه فخرج بالعرف علي مقتضي اللفظ فلا يحنث» (١) .

٥-الاستحسان بالقياس الخفي قوي الأثر:

كالقول في سؤر سباع الطير بانه نجس قياسًا علي سؤر سباع البهائم؛ لأن الحكم علي السؤر باعتبار اللحم، ولحم كل منها نجس ، فسؤر كل منها نجس لاختلاطه باللعاب المتولد من لحم نجس.

وهذا قياس ضعيف الأثر، قليل الصحة ؛ لقصور علة التنجس في الفرع، أعني المخالطة .

وقد قابله استحسان قوي الأثر يقتضي طهارة سؤرها ؛ لأنها تشرب بالمنقار علي سبيل الأخذ ثم الابتلاع ، والمنقار عظم طاهر ؛ لأنه جاف لا رطوبة فيه فلا يتنجس الماء بملاقاته ، فيكون سؤره طاهرًا كسؤر الآدمي والمأكول ؛ لانعدام العلة الموجبة للنجاسة، وهي : الرطوبة النجسة في الآلة الشاربة (٢) .

ومن ثم فإنه يسقط القياس الجلي ، ويعمل بالاستحسان (الذي هو القياس الخفي) ؛ لأن الترجيح إنما يكون بقوة الأثر، لا بالظهور ، ولا بالخفاء ، فضعيف الأثر يكون ساقطا في مقابلة قوي الأثر ظاهرًا كان أو خفيًا (٣) .

---

(١)- المصدر السابق (٢ / ١٤١).

(٢)- انظر : شرح التلويح علي التوضيح لمتن التنقيح (٢ / ٨٢) ، والتقرير والتحبير (٣ / ٢٢٣) وأصول السرخسي (٢ / ٢٠٤) ، فواتح الرحموت (٢ / ٣٢٢).

(٣)- أصول السرخسي (٢ / ٢٠٣).

ولا يخفي ما في ذلك من رفع الحرج عن الناس – وبخاصة أهل الصحاري – لأن سباع الطير تنقض من الهواء، ولا يمكن صون الأواني عنها، وعليه فإنه يكون هذا القياس أكثر تحقيقا للمصلحة، وأهداف الشرع التي ترجع إلي: تحصيل المنافع وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها.

٦- الاستحسان بالمصلحة :

ومثاله : تضمين الصناع ، فإن القياس يقضي بعدم التضمين ، لأنهم بعقد الإجارة أمناء، فلا يضمنون مايتلف بأيديهم إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ، ولكن الاستحسان يقضي بتضمينهم منعًا لتهاونهم، ومحافظة علي أموال الناس، وهذا ما أفتي به الصاحبان من الحنفية نظرًا لفساد الذمم وكثرة الخيانات (١) .

وقد تقدم عرض ما ذكره المالكية بهذا الخصوص ، إذ الاستحسان – في رواية عنهم–هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي .

ومما ذكروه : الاطلاع علي العورات في التداوي ، فإنه أبيح علي خلاف الدليل العام . وقال في « الاعتصام » في أنواع الاستحسان : الخامس ترك الدليل لمصلحة : كما في تضمين الأجير المشترك ، وإن لم يكن صانعًا ، فإن مذهب مالك في هذه المسألة علي قولين ، كتضمين صاحب الحمام الثياب ، وتضمين صاحب السفينة ، وكذلك حمال الطعام – علي رأي مالك – فإنه ضامن، ولاحق عنده بالصناع ، والسبب في ذلك بعد السبب في تضمين الصناع (٢).

---

(١)– تقدم الحديث عن ذلك .

(٢)– الاعتصام (٢ /١٤١) . «فإن قيل : فهذا من باب المصالح المرسلة لامن باب الاستحسان ، قلنا : نعم ، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد ، بخلاف المصالح المرسلة ، ومثل ذلك يتصور في مسألة التضمين ، فإن الأجراء مؤتمنون بالدليل لا بالبراءة الأصلية ، فصار تضمينهم في حيز المستثني من ذلك الدليل، فدخلت تحت معني الاستحسان بذلك النظر» .

ومن ذلك : صحة وصية المحجور عليه لسفه في سبيل الخير ، فإن مقتضي القياس، أي القاعدة الكلية : عدم صحة تبرعات المحجور عليه ؛ لأن فيها تبديداً لأمواله، ولكن الاستحسان يقضي بجواز تبرعاته في سبيل الخير، وتنفذ من ثلث ماله ؛ لأن المقصود من الحجر هو المحافظة علي مال المحجور عليه ، وعدم ضياعه، حتي لايكون عالة علي غيره ، والوصية في سبيل الخير لا تعارض هذا المقصود؛ لأنها لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه، فاستثنيت من الأصل العام لمصلحة جزئية : هي تحصيله الثواب، وجلب الخير له، مع عدم الإضرار به في حياته، وهذا هو الاستحسان(١) .

وكما هو الظاهر أن هذا النوع من الاستحسان قائم علي رعاية المصلحة (جلبًا للمنفعة ، أو قطعًا للمضرة) .

٧- الاستحسان الذي هو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته رفعًا للمشقة ، وإيثار اً للتوسعة على الخلق

قال الشاطبي : فقد أجازوا التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة ، وأجازوا البيع بالصرف إذاكان أحدهما تابعًا للآخر ، وأجازوا بدل الدرهم الناقص بالوازن؛ لنزارة ما بينهما، والأصل : المنع في الجميع؛ لما في الحديث (٢) من أن الفضة بالفضة ، والذهب بالذهب مثلاً بمثل سواء بسواء،وأن من زاد أو ازداد فقد أربي ؛ ووجه ذلك : أن التافه في حكم العدم ، ولذلك لاتنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلي الحرج والمشقة ، وهما مرفوعان عن المكلف (٣) .

(١)- فتاوي قاضيخان بهامش الهندية (٣ / ٦٤١).

(٢)- أخرج البخاري عن أبي بكرة - رضي الله عنه- قال : قال رسول الله - ﷺ - : « ولاتبيعوا الذهب بالذهب إلا سواء بسواء، والفضة بالفضة إلا سواء بسواء...» الحديث . البخاري مع الفتح (٤/٤٤٣) كتاب البيوع ، باب: « بيع الذهب بالذهب ».

(٣)- الاعتصام للشاطبي (٢ / ١٤٤).

تلك هي حقيقة الاستحسان ، وأنواعه المختلفة ، والعلاقة بينه وبين الضرر علي أنه – فيما يبدو لي – ينبغي أن لا يسمي العدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل خاص من القرآن ، أو السنة، أو الإجماع – استحسانًا من جهة الاصطلاح؛ إذ إن هذا العدول كان دليله القرآن .. إلخ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانًا من بين سائر الأدلة – أمر لايسلم به ؛ لأنه تسمية للشيء بغير اسمه الذي دل الشرع عليه .

والحاصل أنه يكون الاستحسان عدولاً بحكم المسألة عن نظائرها إما بالقياس ، أو الضرورة ، أو المصلحة، أو العرف والعادة .

وحتي هذا فإنه يلحظ فيه قدركبير من التداخل بين مصطلح الاستحسان وتلك المصطلحات الأصولية لدرجة يمكن معها إرجاعه إلي أحدها ، ودخوله فيه ، واندراجه تحته .

ويبقي أن يقال : إنه يجب التنبيه علي الالتزام بما نص عليه علماء الأصول من الضوابط بخصوص كل ، فإنه لا يعدل بحكم المسألة عن نظائرها بأي قياس ، أو أية ضرورة ، أو مصلحة، أو أي عرف أو عادة ، هكذا تشهيًا ، وقد فصل علماء الأصول القول في ضوابط ذلك، بل إن بعض الباحثين أفرد لها بالتصنيف غلقًا للباب في مواجهة ذوي الغرض(١) .

وبهذا نكون قد فرغنا من بيان حقيقة الاستحسان ، والعلاقة بينه وبين الضرر ونعرض بعد ذلك – علي الصفحات التالية – دراسة موجزة عن العلاقة بين الضرر ومصطلح سد الذرائع .

---

(١)– من ذلك مثلاً : ضوابط المصلحة للبوطي ، ونظرية الضرورة للزحيلي ، ولجميل بن مبارك ، والدكتور يوسف قاسم .

المبحث الثالث

في العلاقة بين الضرر ومصطلح سد الذرائع

- مقدمة :

يكاد لا يخلو فقيه ما من اعتبار معني سد الذرائع في فروعه الفقهية؛ ذلك أن هذه القاعدة قد ثبتت بنصوص كثيرة جداً [١] ، بحيث يصح اعتبارها مقرراً شرعيًا من مقررات التشريع الإسلامي العامة [٢] .

وفي هذا يقول القرطبي : « سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه (يعني علي وفق سد الذرائع) في أكثر فروعهم تفصيلاً » [٣] .

ويقول القرافي : « مالك لم ينفرد بذلك ، بل كل أحد يقول بها ، ولا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها » [٤] يعني : يقول بسد الذرائع كل أحد من العلماء .

والذرائع الوسائل ، جاء في الفروق « وربما عبر عن الوسائل بالذرائع، وهو اصطلاح أصحابنا، وهذا اللفظ المشهور في مذهبنا » [٥] ، وجاء في موضع آخر منه : « اعلم أن الذريعة هي الوسيلة للشيء » [٦] .

---

(١)- ذكر ابن قيم الجوزية - رحمه الله تعالي - من تلك النصوص عدداً كبيراً ، فقد عد للدلالة علي المنع من الذرائع تسعة وتسعين وجهًا ، وفصل القول في ذلك بما ليس له مثيل . انظر : إعلام الموقعين من ص (١٣٧: ١٥٩) الجزء الثالث . ط : مكتبة شقرون ، مراجعة وتقديم وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد .

(٢)- مناهج التشريع الإسلامي للدكتور / محمد بلتاجي (٢ /٨٥٨)

(٣)- إرشاد الفحول للشوكاني (٢٤٦).

(٤)- المصدر السابق ، والفروق للقرافي (٢ / ٣٣). ط : عالم الكتب - بيروت .

(٥)- الفروق (٢ / ٣٢) . (٦)- السابق (٤ / ٢٦٦).

وهي ثلاثة أقسام :

الأول : ما أجمع الناس علي سده[1] (أو بتعبير آخر : أجمعت الأمة علي سده ، ومنعه ، وحسمه)[2] : كحفر الآبار في طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلي إهلاكهم فيها ، وإلقاء السم في أطعمتهم إذا علم أو ظن أنهم ياكلون فيهلكون ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله انه يسب الله – تعالي –عند سبها .

الثاني : ما أجمعت الأمة علي عدم منعه ، وأنه ذريعة لا تسد ، ووسيلة لا تحسم : كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية لزنا [3] .

الثالث : ما اختلف فيه العلماء هل يسد ، أو لا ؟ كالنظر إلي المرأة ؛ لأنه ذريعة للزنا بها ، وكذلك الحديث معها [4] ، قال القرافي :

«وكبيوع الآجال – عندنا – كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلي شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر ، فمالك يقول : إنه أخرج من يده خمسة الآن ، وأخذ عشرة آخر الشهر ، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلي أجل توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك» [5] .

وكتضمين الصناع ؛ لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم ، فتتغير ، فلا يعرفها ربها إذا بيعت ، فيضمنون سداً لذريعة الأخذ، وقيل : لا يضمنون؛ لأنهم أجراء ، وأصل الإجارة علي الأمانة .

---

(١) ، (٢)– الفروق (٢/٣٢) ، (٤/٢٦٦).
(٣) الفروق (٢/٣٢) ، (٤/٢٦٦) .
(٤)– السابق .
(٥)– الفروق (٢/٣٢) ، (٤/٢٦٦) .

وكذلك تضمين حملة الطعام ؛ لئلا تمتد أيديهم إليه ، قال القرافي : «وهو كثير في المسائل، فنحن قلنا بسد هذه الذرائع، ولم يقل بها الشافعي، فليس سد الذرائع خاصًا بمالك – رحمه الله – بل قال بها هو أكثر من غيره ، وأصل سدها مجمع عليه » [(١)] .

إذًا فما هي حقيقة سد الذرائع عند العلماء ؟ وما هي العلاقة بين هذا المصطلح والضرر ؟

والجواب عن ذلك كما يلي :

أولاً: القول في حقيقة سد الذرائع

تكلم علماء الأصول في بيان حقيقة سد الذرائع ، وانتهوا في ذلك إلي تعريفات بعضها قريب من بعض ، نعرض لها فيما يلي :

جاء في «إحكام الفصول» للباجي : ذهب مالك – رحمه الله – إلي المنع من الذرائع ، وهي «المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلي فعل المحظور» [(٢)] .

وقال القرافي : سد الذرائع معناه : «حسم مادة الفساد دفعًا لها ، فمتي كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في صور كثيرة» [(٣)] .

وفي «تبصرة الحكام» لابن فرحون : فصل في القضاء بسد الذرائع، والذريعة الوسيلة ، ومعني ذلك (أي : معني سد الذرائع) : «حسم مادة وسائل الفساد ، فمتي كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلي المفسدة

(١)- السابق .
(٢)- إحكام الفصول في أحكام الأصول (٢ / ٥٧٦).
(٣)- الفروق (٢ / ٣٢).

منعنا من ذلك الفعل ، وهو مذهب مالك – رحمه الله – » (١) .

أما القاضي ابن العربي : فيقول في كتابه « أحكام القرآن » : « سد الذرائع هو كل عقد جائز في الظاهر ، يؤول ، أو يمكن أن يتوصل به إلي محظور » (٢) ، ويقول في موضع آخر من الكتاب : « سد الذرائع هو كل عمل ظاهر الجواز يتوصل به إلي محظور » (٣) .

وجاء في « تفسير القرطبي » : أن التمسك بالذرائع هو مذهب مالك وأصحابه ، وأحمد بن حنبل في رواية عنه ، والذريعة عبارة عن « أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع »(٤) . تلك هي حقيقة الذرائع : التوسل بما هو مباح إلي ما هو مفسدة ومضرة .

قال الشاطبي : في « موافقاته » : قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه حقيقتها « التوسل بما هو مصلحة إلي مفسدة »(٥) .

ويقول بعض الفقهاء المعاصرين : « سد الذرائع هو منع المباحات التي يتذرع بها إلي مفاسد ومحظورات » (٦) ، ويقول في موضع آخر : الذريعة هي : « كل مباح تذرع به إلي مفسدة »(٧) .

وقال آخرون : سد الذرائع معناه : « الحيلولة دون الوصول إلي المفسدة ، إذا كانت النتيجة فساداً » (٨) .

---

(١)– تبصرة الحكام (٢ / ٢٦٧) .

(٢)– أحكام القرآن لابن العربي المالكي (٢ / ٧٤٣).

(٣)– المصدر السابق (٧٩٨/٢).

(٤)– تفسير القرطبي (١ / ٥٧، ٥٨).

(٥)– الموافقات (٤ / ١٩٩).

(٦)– السياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن تاج (ص٣٧).

(٧)– المصدر السابق .

(٨)– أصول الفقه الإسلامي (٢ / ٨٧٣) للدكتور الزحيلي .

ثانيًا : العلاقة بين مصطلح سد الذرائع والضرر :

– الذي يظهر من جملة التعريفات السابقة : أن قاعدة سد الذرائع قائمة علي دفع مفسدة متوقعة (أي : دفع ضرر متوقع) ؛ وذلك بتحريم الوسيلة المؤدية إليها ، والمتسببة فيها ، والمنع من إحداثها قولاً كانت ، أو عملاً.

وهذا هو الدور الوقائي الذي يقوم به سد الذرائع ؛ إذ ينظر إلي مآل تصرف الإنسان – وإن كان التصرف مباحًا في ذاته – بحيث إذا ترتبت عليه مفسدة (مضرة) ، فإنه يمنع منه ابتداء ؛ توقيًا من وقوع الضرر. ومثل ذلك قطع للضرر من أسبابه البعيدة حيث احتمالات وقوعه .

– ويظهر كذلك : أن معني سد الذرائع متداخل في معني المصلحة، من جهة أنه يؤدي – في النهاية – إلي تحقيق المصلحة ، وغلق الباب أمام المفسدة (المضرة) ، وحينئذ فإنه يقال : إن سد الذرائع بمثابة التوثيق للأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المنافع (تحقيق المصالح وتكميلها) ، ودرء المفاسد (تعطيل المضار ، وتقليلها) .

– وهكذا تبدو لنا الصلة بين قاعدة سد الذرائع والضرر ، وذلك بما حاصله : أن الأولي (قاعدة : سد الذرائع) عاملة في نطاق تأكيد وتحقيق قطع المضار من أسبابها البعيدة؛ إذ إن معني العمل بسد الذرائع غلق كل الأبواب والمنافذ المؤدية إلي المضار والمفاسد ، قطعًا لها ، ومنعًا منها قبل وقوعها .

– كما يظهر أن الذي يحكم علي الذريعة سداً ، أو فتحًا – إنما هو النظر إلي المآلات ، التي هي نتائج الأفعال ، فإن كانت مصلحة ، كانت الذريعة (الوسيلة) مطلوبة شرعًا ، وإن كانت مفسدة (ضرراً) كانت

الذريعة ممنوعة شرعًا؛ لأن المصلحة مطلوبة، فيكون ما يؤدي إليها مطلوبًا ، والمضار ممنوعة، فيكون ما يؤدي إليها ممنوعًا ، حتي ولو كان القصد حسنًا، والنية صالحة .

وهو قول الشاطبي : «يكون العمل في الأصل مشروعًا ، لكن ينهي عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعًا (يعني : العمل) لكن يترك النهي عنه ؛ لما في ذلك من المصلحة» [1] ،وكذلك الأدلة الدالة علي سد الذرائع كلها ، فإن غالبها تذرع بفعل جائز إلي عمل غير جائز ، فالأصل علي المشروعية ، لكن مآله غير مشروع .

ومن ثم فإنه تتأكد الصلة بين قاعدة الذرائع بوجهها العام – ما يفتح منها وما يسد– وبين قطع المضار ؛ إذا إن الذرائع كما تسد قطعًا للضرر وتحقيقا للنفع، فإنها تفتح لمثل ذلك، فتكون قاعدة الذرائع بوجهها العام عاملة في نطاق ما أشرت إليه من تأكيد وتحقيق قطع المضار من أسبابها البعيدة حيث احتمالات وقوعها .

قال القرافي : «اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ، وتكره ، وتندب ، وتباح ، فإن الذريعة هي الوسيلة ، فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة، والحج.

وموارد الأحكام علي قسمين : مقاصد ، وهي : المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، ووسائل ، وهي : الطرق المفضية إليها ، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل .

---

(١) – الموافقات (٤ / ١٩٨) .

غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها .

والوسيلة إلي أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلي أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلي ما يتوسط متوسطة » [١] .

ويشير القرافي إلي أن وسيلة المحرم قد تكون غير محرمة ؛ بالنظر إلي ما تفضي إليه من مصلحة راجحة (جلب منفعة ، أو قطع مضرة) .

ومثل هذه الوسيلة لا تسد ، وإنما يجب فتحها : كفداء الأساري بدفع المال للكفار، علي أن دفع المال للكفار في الأصل محرم ؛ لأنهم يتقوون به ، فيضر جماعة المسلمين ، ولكن أجيز لدفع ضرر أكبر ، وهو تخليص أساري المسلمين من الرق ، وتقوية الجماعة الإسلامية بهم ، وكدفع مال يأكله حرامًا حتي لا يزني بامرأة إذا عجز عن دفعه عنها إلا بذلك ، وكدفع المال للمحارب حتي لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال[٢] .

فهذه الحالات دفع المال فيها معصية إلا أنه أجيز منعًا لضرر أكبر ، أو جلبا لمصلحة أعظم .

وهكذا يبين أن قاعدة الذرائع تعمل – سواء بالسد، أو الفتح – فيما تقرر من نطاق تأكيد وتحقيق مراعاة الشريعة للضرر : قطعًا له ومنعًا منه ؛ إذ إن أصل الذرائع – كما عرفنا – إنما هو النظر الجوهري إلي النتائج والثمرات (أو ما يعرف بالمآل) ، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة كان واجبًا بوجوبها، وإن كان يؤدي إلي فساد فهو ممنوع بمنعه ؛ لان الفساد

---

(١)- الفروق (٢ / ٣٣).

(٢)- انظر : الفروق للقرافي (٢/٣٣).

ممنوع ، فما يؤدي إليه ممنوع ، والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدي إليها مطلوب، والمقصود بالمصلحة عموم النفع ، وبالفساد : عموم الأذي والمضار.

وبناء عليه إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدي الاستمساك به إلي ضرر عام، أو يمنع مصلحة عامة ، كان منع الاستمساك مطلوبًا سدًا للذريعة ، وإيثارًا للمنفعة العامة علي الخاصة.

- وذلك مثل تلقي السلع قبل نزولها الأسواق فإنه ممنوع ؛ لأنه وإن كان في أصله جائزًا ؛ إذ هو بيع وشراء، لكن إن أجيز كان الناس في ضيق ولم تستقم حرية التعامل ، فيكون في بقاء الإذن ضرر عام، فيمنع الشراء لسد الذرائع ، ويكون المنع عامًا ولو كان لبعض المتلقين نية حسنة محتسبة ، وفوق ذلك فإن هناك غبنًا محتملاً علي البائع ، فأثبت الإمام أحمد الخيار له مطلقًا ، سواء غبن بالفعل ، أم لا [1] .

- ومثل احتكار الطعام وما يحتاج إليه الناس ، فإنه حرام لقول النبي - ﷺ - : «لا يحتكر إلا خاطئ» [2] ، ولولي الأمر أن يمنع الاحتكار منعًا من إضرار الناس ، وله إجبار المحتكرين علي البيع بقيمة المثل عند ضرورة الناس إليه ، وتدخل ولي الأمر في هذا يعتبر سدًا لذريعة الفساد ، والأذي الذي ينزل بالناس [3] .

ويذهب ابن قيم الجوزية الفقيه الحنبلي إلي مثل هذا ، ونعرض - هنا - لموقفه بهذا الخصوص

---

(١)- انظر : الفروع (٤ /٩٥) ، وفي المغني : «وظاهر المذهب : أنه لا خيار له إلا مع الغبن» ، انظر : المغني ، (٢٨٢/٤) ، وابن حنبل للشيخ أبي زهرة (٣١٨) ، وقد سبق تخريج حديث تلقي الركبان .

(٢)- سبق تخريج الحديث .

(٣)- انظر : ابن حنبل للشيخ أبي زهرة (٣١٨) ، والمغني (٤ / ٢٨٢ ، ٢٨٣) ، والفروع (٥٢/٤، ٥٣).

خلاصة موقف ابن القيم من الذرائع : سداً ، وفتحًا ، وعلاقة ذلك بقطع المضار

يري ابن القيم : أنه لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، فإنه تكون هذه الطرق، وتلك الأسباب تابعة لها ، ومعتبرة بها .

فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلي غاياتها وارتباطاتها بها .

ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلي غايتها .

وبالجملة فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، لكن هذا مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل (١) .

ويعلل ابن القيم لذلك بأنه «إذا حرم الرب – تعالي – شيئًا ، وله طرق ووسائل تفضي إليه ، فإنه يحرمها ويمنع منها ؛ تحقيقا لتحريمه ، وتثبيتًا له ؛ ومنعًا أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضًا للتحريم ،وإغراء للنفوس به ، وحكمته – تعالي –وعلمه يأبي ذلك كل الإباء» (٢) .

قال ابن القيم : «ومن تأمل مصادرها (يعني : الشريعة) ومواردها علم أن الله – تعالي – ورسوله سد الذرائع المفضية إلي المحارم بأن حرمها ونهي عنها، والذريعة : ما كان وسيلة وطريقًا للشيء» (٣) .

---

(١)– إعلام الموقعين (١٣٥/٣).

(٢)– ، (٣)– المصدر السابق.

ويقسم ابن القيم الذرائع بالنسبة إلي نوع نتائجها قسمين :

١ـ ان تكون موضوعة للإفضاء إلي المفسدة : كشرب الخمر المفضي إلي مفسدة السكر، وكالقذف المفضي إلي مفسدة الفرية ، والزني المفضي إلي اختلاط المياه ،وفساد الغرس ونحوها ، فهذه افعال واقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد ، وليس لها ظاهرغيرها .

٢ـ أن تكون موضوعة للإفضاء إلي أمر جائز أو مستحب ، فيتخذ وسيلة إلي المحرم، إما بقصده أو بغير قصد منه ، فالأول : كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا ، أو يخالع قاصداً به الحنث ، ونحو ذلك ، والثاني : كمن يصلي تطوعًا بغير اسباب في أوقات النهي، أو يسب أرباب المشركين بين اظهرهم ، أو يصلي بين يدي القبر لله ، ونحو ذلك (١) .

ثم هذا القسم نوعان ، **أحدهما** : أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته .

والثاني : أن تكون مفسدته راجحة علي مصلحته .

فيكون هاهنا أربعة أقسام:

الأول : وسيلة (ذريعة) موضوعة للإفضاء للمفسدة.

الثاني: وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوسل إلي المفسدة .

الثالث: وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوسل إلي المفسدة ، لكنها مفضية إليها غالبًا ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها .

---

(١)- إعلام الموقعين (٣ / ١٣٦).

الرابع : وسيلة موضوعة للمباح، وقد تفضى إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها .

فمثال القسم الأول ، والثانى ، والثالث قد تقدم ، ومثال الرابع : النظر إلى المخطوبة ، والمستامة ، والمشهود عليها ، ومن يطبها ، ويعاملها ، وفعل ذوات الأسباب فى أوقات النهى ، وكلمة الحق عند ذى سلطان جائر ، ونحو ذلك (١).

قال ابن القيم : « فالشريعة جاءت بإباحة هذا القسم (يعنى القسم الرابع)، أو استحبابه ، أو إيجابه بحسب درجاته في المصلحة .

وجاءت بالمنع من القسم الأول كراهة أو تحريمًا بحسب درجاته فى المفسدة .

بقى النظر فى القسمين الوسط : هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتهما، أو المنع منهما؟ فنقول : الدلالة على المنع من وجوه ... »(٢) ، فذكر - رحمه الله - تسعة وتسعين وجهًا من أدلة الشريعة للدلالة على منع هذين القسمين .

وهذا الذى قرره ابن القيم يؤكد ما تقدم من أن الشريعة اعتبرت الوسائل (الذرائع) إما بالمنع منها وسدها ، وإما بالإذن فيها إباحة، أو استحبابا ، أو جوبًا ، وذلك بالنظر إلى ما تفضى إليه من المصالح ، أو المفاسد (المضار) .

وجملة هذا : أن الوسيلة الموضوعة للإفضاء للمفسدة ، والموضوعة للمباح متى قصد بها التوسل إلى المفسدة ، والموضوعة للمباح ولم يقصد

---

(١)- إعلام الموقعين (٣ / ١٣٦).

(١)- المصدر السابق

بها التوسل إلي المفسدة ، لكنها تفضي غالبا إليها ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها - كل ذلك يسد ، ويحسم ، ويمنع منه؛ وذلك قطعا للمضار ومنعًا للمفاسد من سببها البعيد حيث احتمالات وقوعها .

ونلحظ - هنا - أنه لا اعتبار للمصلحة (المنفعة) المرجوحة في مقابلة المضرة الراجحة ، وعليه فإن نظر الشريعة إلي الذريعة بالمنع منها وسدها يُهْمِلُ ما ينبني علي الإذن فيها من المنفعة ، ما دامت تؤول إلي مضرة (مفسدة) أعظم ، حتي وإنْ لم يقصدْ المتذرِّع ذلك ، بل إن المصلحة حينئذ تكون: قطع المضرة الراجحة بتحمل المضرة المرجوحة (التي هي تفويت النفع الأقل).

ويقال عن ذلك : إنه تأكيد للصلة اللصيقة بين قاعدة الذرائع، وقطع الشريعة للضرر، من جهة أن الأولي عاملة في نطاق تحقيق الثاني.

فإن كانت الوسيلة الموضوعة للمباح تفضي إلي المفسدة علي أن مصلحتها أرجح ، فالشريعة قد جاءت بإباحتها ، أو باستحبابها ، أو بوجوبها بحسب درجتها في المصلحة ، وكثيراً ما تكون المصلحة - هنا- قطع ضرر أكبر بتحمل ضرر أقل ، كما في كلمة الحق عند ذي سلطان جائر، فهي وسيلة (ذريعة) للحوق الضرر والمفسدة بقائلها ، والنظر الشرعي في حكم هذه الذريعة يتردد بين أمرين :

الأول : ما تؤول إليه من ضرر ومفسدة يلحقان بالقائل ، أو المتكلم من قبل السلطان الجائر.

الثاني : ما تؤول إليه من قطع ضرر أن تقف الأمة في مجموع أفرادها موقف الصمت في مواجهة جور هذا السلطان مما يدفع به إلي أن يسومها مزيداً من الجور والأذي ؛ إذ إن مثل هذه الكلمة الموصوفة بالحق ، لو

التزمتها الأمة في مجموع أفرادها أو أكثرهم لما وسع هذا السلطان إلا أن يتحول عن هذا الجور إلي حيث سنن العدل والهدي .

ووجهة الشريعة : تحمُّل ذلك الضرر الخاص (ضرر المتكلمين) في سبيل قطع الضرر العام (الذي هو الصمت المؤدي إلي المزيد).

وتلك هي المصلحة : أن يتحمل الضرر الخاص لقطع الضرر العام .

ومن ثم فإنه ترجح كفة إعمال هذه الذريعة علي ما في ذلك من الإفضاء للمفسدة ؛ لأنه –في المآل – تنقطع بها مفسدة (مضرة) أعظم.

ومثل هذا يظهر به أن الشريعة قائمة علي الموازنة بين المضار والمنافع في نظرها إلي الأقوال والأفعال من جهة الاعتبار لها : منعًا ، أو إذنا ؛ إذ هي أسباب ذلك ووسائله، فتعتبر المضرة الراجحة ، فتمنع منها ولو بتحمل ضرر ما دام مرجوحًا عند التعارض ، غير ملتفتة إلي الضرر المرجوح في هذا الموضع ، علي أن كلا من الضررين: الراجح، والمرجوح – في نظر الشريعة ضرر في غير هذا الموضع.

وكل هذا تقرير وتأكيد لما ذكر في العلاقة بين قاعدة الذرائع وقطع المضار .

ويبقي أن يقال : إن ابن القيم حرر موضع النزاع بين العلماء بخصوص هذا الباب ، وهو القسم الثاني ، والقسم الثالث .

أما الثاني : فهو الوسائل الموضوعة للمباح ويقصد بها التوسل إلي المفسدة .

وأما الثالث : فهو الوسائل الموضوعة للمباح ولم يقصد بها التوسل إلي المفسدة ، لكنها مفضية إليها غالبًا ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها .

وقد ذكرنا أن وجهة ابن القيم المنع منهما ، وسدهما ، وحسمهما ، وقد أقام على ذلك أدلة كثيرة بلغت تسعة وتسعين دليلاً يتأكد بها المنع، والسد ، والحسم ، وهو فى ذلك يلتقى مع المذهب المالكى ، ويؤكد من هذا موقف الشاطبى الفقيه الأصولى المالكى والبحث يشير فيما يلى إلى موقفه بهذا الخصوص .

خلاصة موقف الشاطبى من الذرائع : سدًا ، وفتحًا ، وعلاقة ذلك بقطع المضار

منطلق الشاطبى فى هذا الباب : النظر إلى مآلات الأفعال (نتائجها، وثمراتها) ، وأن الإنسان يقصد بسائر ما يقول ، أو يعمل : جلب المصلحة (المنفعة) ، أو دفع المفسدة (المضرة) .

ثم إن جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونًا فيه على ضربين من جهة النظر إلى ما يؤول إليه الجلب ، أو الدفع .(وذلك مع ملاحظة أن الجالب ، أو الدافع – هنا – مأذون له من قبل الشرع بمقتضى حق ، أو إباحة . أى : رخصة) [1] .

الضرب الأول : أن لا يلزم عنه إضرار بالغير ، ومثل هذا يبقى على أصله من الإذن ؛ إذ لا إشكال فيه ، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه ؛ لثبوت الدليل على الإذن ابتداء.

الضرب الثاني: أن يلزم عنه ضرر بالغير . يعنى : أن التصرف – وإن كان مأذونًا فيه – يؤول إلى التسبب فى إلحاق الضرر بالغير ، فهو وسيلة (ذريعة) يتوسل بها إلى ذلك [2] .

---

(١)- الموافقات (٢ / ٢٤٨).

(٢)- المصدر السابق .

وهذا الضرب له سبعة وجوه يذكرها الشاطبي ويقرن بكل منها حكمه الشرعي من جهة : هل يسد ، ويحسم ، فيمنع منه ؟ أو أنه يبقي علي الأصل من الإذن فيه ؟

الوجه الأول : أن يقصد الجالب أو الدافع (يعني المتصرف جلبا للمنفعة ، أو دفعًا للمضرة) الإضرار : كالمرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه، وصحبه قصد الإضرار بالغير .

وفي هذا الوجه تفصيل : فإذا كان المتصرف – جلبًا للمنفعة ، أو دفعًا للمضرة – لو انتقل إلي وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة ، أو دفع تلك المضرة ، حصل له ما أراد أو لا ؟ فإن كان كذلك ، فلا إشكال في منعه منه ؛ لقيام قرينة علي قصد الإضرار ؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار ، فلينقل عنه، ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار.

وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير ، فحق الجالب ، أو الدافع مقدم، وذلك مع مراعاة أن يكون الضرر اللاحق بالغير مساويًا لضرر المتصرف من جراء منعه، أو أقل ، أما إذا كان فاحشًا ، أو راجحًا منع المتصرف ؛ لأن الشريعة قائمة علي التزام الضرر الأخف لتفويت الضرر الأشد .

ومثل هذا ظاهر في الدلالة علي أن الوسيلة (الذريعة) تسد وتمنع – وإن كانت في ذاتها مأذونا فيها – بالنظر إلي ما تفضي إليه من الإضرار بالغير ، علي أنه يزيد – هنا – مراعاة الباعث، أو الدافع علي التصرف، وذلك من جهة أنه يؤثر في التصرف بالمنع ، إذا شهدت دلائل ، وأمارات بكونه قصداً إلي محظور : كتمحض قصد الإضرار بالغير .

وحينئذ فإنه يقال : إن سد هذه الذريعة إنما جاء قطعا لمضرة الغير، وهذا تأكيد لما سبق أن تقرر: من أن الذرائع تعمل – سواء بالسد، أو الفتح – في نطاق مراعاة الشريعة للضرر :منعًا من ، أو تقليلاً له : كما في حالة التزام ضرر أخف لتفويت ضرر أشد .

الوجه الثاني: أن لا يقصد المتصرف (الجالب للمنفعة ، أو الدافع للمضرة) إضراراً بأحد ، ولكن لزم عن تصرفه ذلك ضرر عام : كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي، والامتناع من بيع داره ، أو فدانه، وقد اضطر الناس إليه لمسجد جامع (١) .

والمتصور – هنا – أن منعه من التصرف قطعا للضرر العام لا يخلو أن يلزم منه إضرار به .

والإضرار به بالمنع من التصرف إما أن ينجبر أو لا .

فإن كان الإضرار به لاينجبر . قال الشاطبي : «قدم حقه علي الإطلاق» . أي : لا يمنع من التصرف. وإن أمكن انجبار الإضرار به ورفعه جملة ، فاعتبار الضرر العام أولي ، فيمنع المتصرف مما هم به ؛ لأن المصالح العامة مقدمة علي المصالح الخاصة ، والدليل علي ذلك : «النهي عن تلقي السلع ، وعن بيع الحاضر للبادي ، واتفاق السلف علي تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا في مسجد رسول الله – ﷺ – من غيه ، مما رضي أهله ، وما لا » (٢) ، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم علي مصلحة الخصوص ، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة لا تنجبر .

---

(١)- الموافقات (٢ / ٣٤٨).

(٢)- المصدر السابق (٢ / ٣٤٩، ٣٥٠).

والنظر في هذا الوجه يبين منه : أن الوسيلة (الذريعة) تسد ، وتمنع - وإن كانت في ذاتها مأذونًا فيها - باعتبار ما تفضي إليه من الإضرار بالغير ضرراً عامًا ، وإن اشتمل ذلك علي الإضرار بمن منع منه ؛ لما تقرر من أن الشريعة قاضية بتحمل الضرر الخاص لقطع الضرر العام ، ما دام يمكن جبر المضرور ضرراً خاصًا.

وهذا - أيضًا - ظاهر في تقرير أن سد الذريعة يعمل في نطاق تحقيق ما جاءت به الشريعة من مراعاة الضرر : منعًا منه ، أو تقليلاً له .

الوجه الثالث : أن لا يقصد المتصرف (الجالب للمنفعة، أو الدافع للمضرة) إضراراً بأحد ، ولكن لزم عنه ضرر خاص ، وإذا منع من التصرف لحقه ضرر من ذلك فهو محتاج إلي فعله : كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره ، أو يسبق إلي شراء طعام ، أو ما يحتاج إليه، أو إلي صيد ، أو حطب ، أو ماء، أو غيره، عالمًا أنه إذا حازه استضر غيره بعدمه ، ولو أخذ من يده استضر (١) .

وهذا الموضع في الجملة يحتمل نظرين :

- **النظر الأول** : من جهه إثبات الحظوظ.

- **والنظر الثاني** : من جهة إسقاطها .

فإن اعتبرنا الحظوظ فحق الجالب، أو الدافع (يعني المتصرف) مقدم، وإن استضر غيره بذلك ؛ لأن جلب الإنسان لمصالحه أو دفعه المضارة عنه مقصود للشارع لامحالة، كما يدل عليه قوله - : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (٢) .

---

(١)- الموافقات (٢/٣٤٨) .

(٢)- آية (١٩٥) سور البقرة .

وإذا ثبت هذا فما سبق إليه الإنسان من ذلك – قد ثبت حقه فيه شرعًا ، بحوزه له دون غيره ، وسبقه إليه لا مخالفة فيه للشارع ، فصح ، وبذلك ظهر: أن تقدم حق المسبوق علي حق السابق ليس بمقصود شرعًا إلا مع إسقاط السابق لحقه، وذلك لا يلزمه ، بل قد يتعين عليه حق نفسه في الضروريات ، فلا يكون له خيرة في إسقاطه؛ لأنه من حقه علي بينة، ومن حق غيره علي ظن أوشك، وذلك في دفع الضرر واضح ، وكذلك في جلب المصلحة إن كان عدمها يضر به .

ويلاحظ – هنا– أن الغير الذي يلحقه الضرر لم يتقرر له حق في محل الضرر .

كذلك فإنه يلاحظ : أن هذا الوجه يتعلق باستعمال الرخص والإباحات، وأن حكم الشارع في ذلك : هو الإذن لمن سبق إلي الشراء، أو الاحتطاب . . إلخ – من غير التفات إلي ما يترتب علي الحيازة من الضرر الخاص ؛ لسبقه إلي شيء لم يتقرر للآخر فيه حق (١) .

وهذا هو الحكم الفقهي القضائي .

وأما النظر الثاني الذي هو إسقاط الحظوظ فإنه الحكم الخُلُقي ، ديانةً، وله جانبان :

الأول : إسقاط الاستبداد ، والدخول في المواساة علي سواء .

---

(١)– أما إن تقرر لأحدهما حق فيه ، كما في التصرف في حق الملكية ، فيقدم ذو اليد والملك وله أن يتصرف في ملكه، وذلك علي نحو ما عرضنا له من وجهات مذاهب الفقه الإسلامي بخصوص تقييد استعمال الإنسان لحقه بأن لا يضر ، اعتباراً بحديث : «لا ضرر ولا ضرار» ، وقد رأينا – هناك – أن من العلماء من يتوسع في ذلك مراعاة للحديث ، ومنهم من يضيق ذلك مرعاة لقاعدة حق الملك .

والثاني : الإيثار علي النفس ، مالم يضيع عليه مقصوداً من مقاصد الشرع في المحافظة علي الكليات الخمس ، فإن توقع حدوث ذلك، كان المقصد الشرعي أولي بالرعاية .

والذي يقال بخصوص هذا الوجه : أن الذريعة (الوسيلة) لما كانت تؤول إلي تحقيق مصلحة مقصودة شرعًا من جلب منفعة، أو دفع مضرة بقيت علي الأصل من الإذن فيها ، مع أنه قد ترتب علي ذلك مفسدة (مضرة) بالغير ؛ إذ إن منع الذريعة لمثل هذا يؤدي إلي تضرر من وقع المنع عليه ؛ لما في ذلك من تفويت منفعته ، فيكون قد تعارض ضرران ، والشريعة – هنا – تقضي بمراعاة ضرر السابق لما تقدم، فتذهب إلي قطعه .

وبناء عليه تكون الذريعة عاملة – بالإذن فيها – في قطع أحد الضررين الذي قضت الشريعة برجحان كفته، وهو ما يؤكد – ما تقرر – من أن قاعدة الذرائع تعمل في نطاق قطع المضار، والتقليل منها ، سواء بالسد لها والمنع منها ، أو بفتحها والإذن فيها .

الوجه الرابع: أن لا يقصد المتصرف (الجالب للمنفعة، أو الدافع للمضرة) الإضرار بأحد، ولا يلحقه بالمنع من التصرف ضرر، ولكن هذا التصرف أداؤه إلي المفسدة قطعي عادة : كحفر البئر خلف الباب في الظلام بحيث يقع الداخل فيه حتما [(١)] . والواقع أن هذا الوجه له نظران :

– **أحدهما** : نظر من حيث كونه قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعًا من غير قصد إضرار بأحد، فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه .

---

(١)- الموافقات (٢ / ٣٤٨).

- **ثانيهما:** نظر من حيث كونه عالمًا بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه ، فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار؛ لأنه في فعله : إما فاعل لمباح صرف لايتعلق بفعله مقصد ضروري، ولا حاجي، ولا تكميلي ، فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع .

وإما فاعل لمامور به علي وجه يقع فيه مضرة ، وليس للشارع قصد في وقوعه علي الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر .

وعلي كلا التقديرين فتوخيه لذلك الفعل علي ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لابد فيه من أحد أمرين : إما تقصير في النظر المامور به ، وذلك ممنوع منه ، وإما قصد إلي نفس الإضرار ، وهو ممنوع منه – أيضًا– [1] .

فيلزم أن يكون ممنوعًا من ذلك الفعل ، لكن إذا فعله فيعد متعديًا بفعله ، ويضمن ضمان المتعدي علي الجملة ، وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال علي ما يليق بكل نازلة، ولا يعد قاصداً له البتة إذا لم يتحقق قصده للتعدي .

والذي يظهر في هذا الوجه : أن الذريعة (الوسيلة) لما كان أداؤها إلي المضرة قطعيًا في جري العادة فإنه يرجح – عند الشاطبي – منعها ، وسدها من غير التفات إلي ما وراء ذلك من أنها في ذاتها ماذون فيها ، وأن المتذرع لم يقصد بها الإضرار .... إلخ .

وهذا – بدوره – يفيد تأكيد ما تقرر من أن الذرائع تعمل بسدها في نطاق تحقيق مراعاة الشريعة للضرر : قطعًا له ، وتضييقاً لجهات وقوعه

---

(١)– المصدر السابق (٢/٢٥٧).

الوجه الخامس: أن لا يقصد المتصرف (الجالب للمنفعة ، أو الدافع للمضرة) إضراراً باحد ، ولا يلحقه بالمنع مضرة ، وتصرفه يكون اداؤه إلي المفسدة نادراً :كحفر البئر في موضع لا يؤدي غالبًا إلي وقوع أحد فيه(1) .

فهذا يبقي علي أصله من الإذن ؛ لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انخرامها؛ إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة ، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ، ولم يعتبر ندور المفسدة؛ إجراء للشرعيات مجري العاديات في الوجود .

ولا يعد – هنا – قصد القاصد إلي جلب المصلحة ، أو دفع المفسدة – مع معرفته بندور المضرة عن ذلك – تقصيراً في النظر ، ولا قصداً إلي وقوع الضرر. فالعمل إذاً باق علي أصل المشروعية (2) ، ومثل هذا الوجه ظاهر في الدلالة علي أن الذريعة (الوسيلة) لما كانت تؤول إلي المصلحة فإنها تبقي علي الأصل من الإذن فيها ، وأنه لا اعتبار لما قد تؤدي إليه – نادراً – من الضرر ، وهو ما دلت عليه الشريعة ؛ إذ إن تفويت المصلحة بمراعاة مثل هذا الضرر النادر في معني الضرر، فيكون العمل بالذريعة قطعًا لضرر تفويت المصلحة .

الوجه السادس: أن لا يقصد المتصرف (الجالب للمنفعة، أو الدافع للمضرة) إضراراً باحد ولايلحقه بالمنع مضرة، ويكون التصرف مؤديًا إلي المفسدة ظنيا : كبيع السلاح من أهل الحرب ، والعنب من الخمار، ونحو ذلك (3) .

---

(1)- الموافقات (2 / 348).
(2)- المصدر السابق (2/358، 359).
(3)- الموافقات (2/348 ، 349).

وهذا الوجه يحتمل الخلاف : أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر،كما تقدم في الخامس .

وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظنا ، فهل يجري الظن مجري العلم فيمنع من الوجهين المذكورين (وهما : التقصير في النظر المامور به ، وقصد نفس الإضرار) ، أو لا؟ (١) .

ولكن اعتبار الظن هو الأرجح – عند الشاطبي – لأمور ، أحدها : أن الظن في أبواب العمليات جار مجري العلم ، فالظاهر جريانه – هنا – ، والثاني : أن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل في هذا الوجه، والثالث : أنه داخل في التعاون علي الإثم والعدوان المنهي عنه .....إلخ .

والحاصل من هذا الوجه : أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه ، فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع ، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية ، إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل ، أو من باب التعاون ، منع من هذه الجهة ، لامن جهة الأصل ؛ فإن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه ، فإن حمل محمل التعدي فمن جهة أنه مظنة للتقصير، ولذلك وقع الخلاف فيه : هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلي ذلك الشيء . أم لا؟ (٢) .

والذي يلاحظ أن الذريعة – في هذا الوجه – لما كانت مفضية إلي الضرر ظنيًا ، فإنه يرجح – عند الشاطبي – سدها ؛ قطعا لهذا الضرر وإن كان ظنيًا ؛ لما ذكر من رجحان العمل بالظن.

---

(١)– المصدر السابق (٢/٣٥٩).

(٢)– الموافقات (٢/٣٥٩، ٣٦٠).

ومثل هذا تأكيد لعمل الذرائع – سداً لها في نطاق تحقيق مراعاة الشريعة للضرر : قطعًا له من أسبابه البعيدة حيث الظن بوقوعه .

الوجه السابع: أن لا يقصد المتصرف (الجالب للمنفعة ، أو الدافع للمضرة) إضراراً بأحد ولا يلحقه بالمنع مضرة ، علي أن أداء التصرف إلي المضرة (المفسدة) يكون كثيراً لاغالبا ولا نادراً :كمسائل بيوع الآجال[١] .

وهذا الوجه موضع نظر والتباس ،والأصل فيه : الحمل علي الأصل من صحة الإذن : كمذهب الشافعي وغيره ؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان ؛ إذ ليس – هنا – إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين علي الآخر، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد، ولا يقتضيه ؛ لوجود العوارض : من الغفلة، وغيرها عن كونها موجودة ، أو غير موجودة [٢] .

وأيضا : فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع (المتصرف) – هنا – مقصراً ، ولا قاصداً كما في العلم والظن ؛ لأنه ليس حمله علي القصد إليهما (الضرر والمفسدة) أولي من حمله علي عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك ، فالتسبب المأذون فيه قوي جداً [٣] .

إلا أن الإمام مالكًا – رحمه الله – ذهب إلي إقامة الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن ،كما يستوجبه الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع، وكثرة وقوع المفسدة كافية للمنع؛ ولأن الشريعة تقوم علي الاحتياط والحزم ، وهذا يستوجب إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في المعاملات ، وإذا كان

---

(١)– المصدر السابق (٣٤٩/٣).

(٢)– الموافقات (٣٦١/٢).

(٣)– المصدر السابق .

الأصل هو الإذن ، فقد عارضه آخر لا يقل عنه قوة هو عصمة الإنسان غيره عن الإضرار به وإيلامه؛ لقوله - ﷺ - «لا ضرر ولا ضرار»، فترجح هذا الأصل الأخير تطهيراً للمجتمع من الفساد والمضار، والمقرر في الشريعة: «أن درء المفاسد مقدم ، وعلي هذا فإنه تكون كثرة الفساد داعية إلي هذا الترجيح ، وإلي اعتبارها في مرتبة الأمر الغالب» (١) .

ويستند المذهب المالكي في هذا الترجيح إلي أمور ثلاثة :

الأول : أنه يجب النظر إلي مآلات (نتائج ،وثمرات) الأفعال، أي : الوقائع المادية الخارجية؛ لأنها هي الأمر الجوهري في سد أو فتح الذريعة .

الثاني : أن كثرة المفاسد (المضار) يوجب اعتبارها في مرتبة الأمور الظنية الغالبة ، احتياطاً ، وتقديما لدرء المفسدة (المضرة) علي جلب المنفعة، ومن ثم فإنه يرجح جانب المنع ، قال الشاطبي : «والشريعة مبنية علي الاحتياط والأخذ بالحزم ، والتحرز مماعسي أن يكون طريقاً للمفسدة» (٢) .

الثالث : أنه قد دل الشرع علي حرمة أمور كانت في الأصل مأذونا فيها ؛ لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلي المفاسد ، ولو لم تكن غالبة .

وقد ذكر الشاطبي عدداً كثيراً من الأدلة علي ذلك ، منها :

١ - تحريم الخلوة بالأجنبية

٢ - وتحريم أن تسافر المرأة مع غير ذي محرم .

٣ - وتحريم بناء المساجد علي القبور .

---

(١)- انظر : الموافقات (٢ / ٣٦٠ ، ٣٦١).

(٢)-السابق(٢/٣٦٤).

٤- وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها .

٥- وتحريم هدية المديان . قال الشاطبي : « ...... إلي غير ذلك (يعني من الأدلة) مماهو ذريعة ، وفي القصد إلي الإضرار والمفسدة فيه كثرة، وليس بغالب ولا أكثري ..، فإذا كان هذا معلومًا علي الجملة والتفصيل ، فليس العمل عليه ببدع في الشريعة،بل هو أصل من أصولها، راجع إلي ما هو مكمل إما لضروري، أو حاجي، أو تحسيني » [1].

ويقال بعد ذلك : إن الذريعة (الوسيلة) في هذا الوجه لما كانت تفضي إلي المفسدة (المضرة) كثيرًا فإنها تمنع وتسد قطعًا للمضرة من غير التفات إلي ما وراء ذلك من أنها في ذاتها مأذون فيها ، ومن أن المتذرع لم يقصد بها الإضرار ؛ وذلك اعتباراً بكثرة إفضائها - من جهة الواقع - إلي المضار وكل هذا ظاهر في الدلالة علي أن سد الذرائع يعمل في نطاق تحقيق مراعاة الشريعة للضرر : قطعًا له، وذلك من هنالك حيث يقوم الظن باحتمال وقوعه .

كما أنه يستفاد من جملة ما عرض له من وجهة الشاطبي تلك : أن الشريعة توازن - في حكمها علي التصرفات المأذون فيها - بين المصلحة التي يتغيّاها المتصرف والمفسدة التي تترتب علي تصرفه هذا ، فإذا رجحت كفة الضرر منع التصرف؛ لأنه يصبح غير مشروع .

فإذا تجاوزنا الفقهين المالكي ، والحنبلي إلي حيث الفقه الحنفي ، والشافعي ، لنري موقف كل من العمل بالذرائع ، فإنه يظهر - بحق - صواب ما قاله القرطبي من أن كل الفقهاء عملوا وفق سد الذرائع في

---

(١)- الموافقات (٢/٣٦٤) .

فروعهم ، وصواب ما قاله الشاطبي من أن قاعدة الذرائع متفق علي اعتبارها في الجملة ، وإنما الخلاف في أمر آخر.

موقف الفقه الحنفي من سد الذرائع

يقرر العلماء أن مراجعة فقه أبي حنيفة كله يؤكد من أخذه بسد الذرائع ، لكنه كان أحيانا يؤثر القياس علي سد الذريعة عند تعارضهما ، وكان مقياس الموازنة بينهما - عنده - ما يراه من وجوه تحقيق كل منهما للمصلحة (١) .

من ذلك مثلا : عدم قبول توبة الزنديق في أظهرالروايتين ؛ لأن قبولها منه - مع التيقن بالدلائل من حقيقة كفره - ذريعة إلي الاستخفاف بالدين ، واتخاذ إظهار التوبه جنة لأغراضه الخبيثة (٢) .

ومما صح في عمل أبي حنيفة بسد الذرائع أنه « كره المباشرة الفاحشة للصائم ، وكذلك بأن يعانقها وهما متجردان ، ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها» ؛ وذلك خشية ان يؤدي هذا إلي المحظور المحرم المستوجب للقضاء والكفارة ، مع أن المباشرة في ذاتها ليست محرمة (٣) .

ومن ذلك أيضًا ما نبه عليه الطحاوي بخصوص حقيقة كراهية أبي حنيفة للإشعار ، وأن ذلك لم يكن لمعارضته للسنة، بل « ما كره أبو حنيفة - رحمه الله تعالي- أصل الإشعار ، وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر

---

(١)- مناهج التشريع الإسلامي لأستاذنا الدكتور / محمد بلتاجي حسن (٣٧٢/١).

(٢)- انظر : الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢٦١/٤)

(٣)- المبسوط (٥٩/٣) وقد روي السرخسي ذلك عن أبي حنيفة في سياق حديث عائشة - رضي الله عنها- أن رسول الله - صلي الله عليه وسلم - «كان يقبل وهو صائم ، وكان أملككم لأربه» ، وبعد أن روي حديث « إلا إن لكل ملك حمي، وإن حمي الله محارمه ، فمن رتع حول الحمي يوشك أن يقع فيه » . وانظر : مناهج التشريع في القرن الثاني (٣٧٢/١).

فيه من الآثار ؟! وإنما كره إشعار أهل زمانه ؛ لأنه رآهم يستقصون ذلك علي وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصًا في حر الحجاز، فرأي الصواب في سد هذا الباب علي العامة؛ لأنهم لا يراعون الحد ، فأما من وقف علي ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك» [1] . وهذا عمل من أبي حنيفة بسد الذرائع إذا كان الحديث قد صح لديه ، ولا تكون كراهيته لإشعار أهل زمانه ردًا لحديث رسول الله – ﷺ – بسد الذرائع ، أو بغيره ؛ لأن المناط فيهما مختلف، حيث لايكره أبو حنيفة أصل الإشعار ، وهو ما ثبت في السنة إنما يكره إشعار أهل زمانه – المختلف عن إشعار رسول الله – ﷺ – المبالغ فيه بما يمكن أن يؤدي إلي أذي الحيوان وعذابه ، فكرهه أبو حنيفة سدًا للذريعة [2] .

وهكذا يظهر اعتبار أبي حنيفة لسد الذرائع ، وإن كان ذلك علي نحو أقل بكثير مما عند المالكية والحنابلة .

موقف الفقه الشافعي من سد الذرائع

قد عمل الشافعي بسد الذرائع في شيء من فقهه ، حيث يقرر الشاطبي : أن خلاف الشافعي المتصل بسد الذرائع إنما هو في مسألة (بيوع الآجال) وحدها ، وقد ترك القول بالذرائع فيها لمعارض أرجح – عنده – منها [3] ، ومن ثم لا يعد مخالفا في أصل العمل بالذرائع ، حيث يدل مجموع فقهه علي أنه عمل بسدها في مثل قوله بترك الأضحية إعلامًا بعدم وجوبها ، وسدًا لذريعة من قد يعتقد هذا الوجوب.

---

(١)- المبسوط (٤ / ١٣٨).
(٢)- مناهج التشريع في القرن الثاني(١/٣٧٣).
(٣)- انظر : الموافقات (٣/١٥٥).

علي أنه يمكن أن يقال في هذه المسألة : إن الشافعي اتبع فيها قول بعض الصحابة ، وهذا الاتباع هو مستنده فيها ، لكن هذا لا ينفي إقراره العمل بها ضمنا (١) .

ومن مسائل الشافعي التي عمل فيها هو وأصحابه بسد الذرائع: أن المعذورين في ترك الجمعة : كالمرضي ، والمسافرين ، إذا كانوا جماعة فإنهم يصلون الظهر ، ولكن الشافعي وأصحابه قالوا : يستحب لهم إخفاء صلاة الجماعة ظهرًا ؛ لئلا يتهموا في الدين ، وينسبوا إلي ترك الجمعة (٢) .

وأيضًا فإننا نجد الربيع بن سليمان روي ما نصه : «كان الشافعي يري أن الصناع لا يضمنون إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن يبوح بذلك خوفًا من الصناع [الضياع] وهذا يدل بوضوح علي أن الشافعي عمل – فعلاً – بقاعدة سد الذرائع (٣) .

علي أن مجموع ما صحت نسبته إليه مما يمكن القول بأن مستنده فيه هو مراعاة سد الذرائع– . قليل بالنسبة لمجموع فقهه ، مما يدل علي انه كان لا يتوسع في العمل بهذه القاعدة (٤) .

فهذه هي وجهات مذاهب الفقه الإسلامي بخصوص الأخذ بقاعدة سد الذرائع وقد ظهر من عرضها : مراعاة سد الذرائع واعتباره من حيث الجملة .

---

(١)– انظر : المهذب (٣١٧/١)، والمجموع شرح المهذب للنووي (٣٨٣/٨) ، ومناهج التشريع في القرن الثاني (٢ / ٧٩١).

(٢)– المهذب (١٥٣/١).

(٢)– في أول اختلاف العراقيين مع الأم (٢٦٤/٣)، الأم (٨٨/٧).

(٤)– مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري (٧٩٢/٢).

خاتمة هذا المبحث

ونختم هذا المبحث بتقرير هاتين النتيجتين :

١- أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بمراعاة سد الذرائع ، وأن الخلاف بين مذاهب الفقه الإسلامي ليس في أصل سد الذرائع ، وإنما في مقدار ما يؤخذ به منها ، فمن الفقهاء من أكثر من ذلك، ومنهم المقل .

٢- أن قاعدة سد الذرائع تعمل في نطاق تأكيد وتحقيق قطع المضار ؛ إذ إن معني العمل بسد الذرائع غلق كل الأبواب والمنافذ المؤدية إلي المضار والمفاسد ؛ قطعا لها ؛ ومنعًا منها من أسبابها البعيدة حيث قيام الظن باحتمال وقوعها ، وذلك علي نحو ما عرض له .

بل إنه ليصح القول بأن قاعدة الذرائع (الوسائل) بوجه عام : ما يسد ويمنع ، وما يجوز ويفتح - تعمل في النطاق السابق ؛ لأن الشريعة تمنع وتسد الذرائع - وإن كانت في ذاتها مأذونًا فيها - ما دامت تؤول إلي المضار والمفاسد ، وتجيز الذرائع - وإن كانت في ذاتها محرمة - ما دامت تؤول إلي منع مضرة أشد : كما في دفع المال للكفار فداءً للأسري .

ومن ثم فإنه يظهر أن هذه القاعدة أحد أرباع التكليف؛ إذ التكليف أمر ونهي ، والأمر نوعان ، أحدهما : مقصود لنفسه، والثاني : وسيلة إلي المقصود ، والنهي نوعان ، أحدهما: ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني : ما يكون وسيلة للمفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلي المفسدة (المضرة) أحد أرباع الدين [١] .

ويبقي أن يقال : إن العلماء يرتبون علي أصل سد الذرائع منع الحيل، والبحث يفرده بدراسة موجزة نعرض لها علي الصفحات التالية - مع توضيح العلاقة بينه وبين الضرر .

---

(١)- إعلام الموقعين (١٥٩/٣).

مطلب في انه ينبني علي سد الذرائع منع الحيل . والعلاقة بين الضرر وذلك

مقدمة :

رتب العلماء علي أصل سد الذرائع منع الحيل ، وقد أبرز المنع ابن تيمية ، وابن القيم ، أما ابن تيمية فيقول : « اعلم أنَّ تجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فإنَّ الشارع سدَّ الطريق إلي ذلك المحرم بكل طريق ، والمحتال يريد أن يتوسل إليه ، ولهذا لما اعتبر الشارع في البيع والصرف والنكاح وغيرها شروطا سد ببعضها التذرع إلي الزنا والربا ، وكمل بها مقصود العقود - لم يمكن المحتال الخروج عنها في الظاهر ، فإذا اراد الاحتيال ببعض هذه العقود علي ما منع الشارع منه ، اتي بها مع حيلة أخري توصله بزعمه إلي نفس ذلك الشيء الذي سد الشارع ذريعته، فلا يبقي لتلك الشروط التي تاتي بها فائدة ولا حقيقة ، بل يبقي بمنزلة العبث ، واللعب ، وتطويل الطريق إلي المقصود من غير فائدة » [١] هذا إنْ جوزنا مثل تلك الحيلة ، ولم نمنع منها .

وأما ابن القيم فيقول : « وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة ، فإن الشارع يسد الطريق إلي المفاسد (المضار) بكل ممكن ، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة ، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلي من يعمل الحيلة في التوصل إليه » [٢] .

---

(١)- الفتاوي الكبري لابن تيمية (٢٦٥/٣) .

(٢)- إعلام الموقعين لابن القيم (١٥٩/٣) .

وهكذا يبدو لنا أن مقتضي سد الذرائع منع الحيل ؛ إذ إنَّ حقيقة الأول - كما عرفنا - المنع من التصرف المأذون فيه ما دام يؤول إلي مفسدة ومضرة ، علي أنه - في ذاته - مأذون فيه : إباحة ، أو ندباً ، أو وجوباً بمقتضي حق أو رخصة ، فكان المناسب لذلك انْ يُمْنَع من الاحتيال الذي يتوسل به إلي المحرم الذي هو المضرة والمفسدة ، لأنه يكون عبثا ولعبا انْ يحرم الشارع الشيء ويمنع من الوسيلة- المأذون فيها - ما دامت تؤول إليه، ثم يسمح بفتح باب -من الخلف- غير ظاهر يتوسل به إلي ذلك المحرم.

وهذة وجهة معتبرة تقبلها العقول وتسلم بصحتها ، وبناء عليه فإنه ينبغي الوقوف علي حقيقة الحيل : ما يمنع منها وما لا يمنع ، وعلاقة ذلك بقطع المضار .

القو ل في حقيقة الحيل : ما يمنع منها وما لا يمنع ، وعلاقة ذلك بالضرر

الحيل جمع حيلة ، من حال يحول ، وهي في الأصل : نوع مخصوص من التصرف يتحول به فاعله من حال إلي حال . هذا من الناحية اللغوية (١) .

وإذا قسمت باعتبارها لغة انقسمت إلي الأحكام الخمسة : فإنَّ مباشرة الأسباب الواجبة حيلة علي حصول مسبباتها : فالأكل والشرب ، واللبس ، والسفر الواجب - حيلة علي المقصود منه ، والعقود الشرعية واجبها ومستحبها ومباحها كلها حيلة علي حصول المعقود عليه ، والأسباب المحرمة كلها حيلة علي حصول مقاصدها منها ... ، فالحيلة

(١) - انظر : المصباح المنير مادة (حول) ، ولسان العرب نفس المادة (٢/١٠٥٥). ط: دار المعارف .

جنس تحته : التوصل إلي فعل الواجب ، وترك المحرم ، وتخليص الحق ، ونصر المظلوم ، وقهر الظالم ، وعقوبة المعتدي .

وتحته - أيضًا - : التوصل إلي استحلال المحرم ، وإبطال الحقوق ، وإسقاط الواجبات .

وكما يَذُمُّ الناس أرباب الحيل فهم يَذُمُّونَ - أيضًا - العاجز الذي لا حيلة عنده لعجزه ، وجهله بطرق تحصيل مصالحه ، فالأول : ماكر مخادع، والثاني : عاجز مفرط ، والممدوح غيرهما، وهو من له خبرة بطرق الخير والشر ، خفيها وظاهرها ، فيحسن التوصل إلي مقاصده المحمودة التي يحبها الله ورسوله بأنواع الحيل ، ويعرف طرق الشر الظاهرة والخفية التي يتوصل بها إلي خداعه والمكر به فيحترز منها ، ولا يفعلها ، ولا يدل عليها ، وهكذا كانت حالات سادات الصحابه - رضي الله عنهم - [1] .

فهذان نوعان يندرجان تحت جنس الحيل ، وحاصل النظر فيهما « أنَّ ما يتخلَّص به الرجل من الحرام ، أو يتوصل به إلي الحلال من الحيل فهو حسن ، وإنما يكره ذلك (أي : يحرم) : أن يحتال في حق لرجل حتي يبطله ، أو في باطل حتي يموهه ، أو في حق حتي يدخل فيه شبهة ، فما كان علي هذا السبيل فهو مكروه » [2] ؛ لأن الله - تعالي - قال : « وتعاونوا علي البر والتقوي ولا تعاونوا علي الإثم والعدوان » [3] ، ففي النوع الأول : معني التعاون على البر والتقوي ، وفي النوع الثاني : معني التعاون علي الإثم والعدوان .

---

(١)- إعلام الموقعين (٣/٢٤١) .

(٢) - المبسوط للسرخسي (٣٠/٢١٠) .

(٣)- أية (٢) سورة المائدة .

ومثل هذا ظاهر في أنّ الحيلة إذا كانت تتفق مع قواعد الشرع ، ومقرراته ، وأهدافه فإنه لا يمنع منها ؛ إذ منعها - حينئذ - يضر بصاحبها، والشريعة جاءت بقطع الضرر ، وذلك كهذا المثال « جاء رجل إلي أبي حنيفة ، وقال : لي ابن كبير ، وفيه بعض المجانة ، إنْ لم أزوجه امرأة أخاف أنْ يقع في الزنا ، وزوجته امرأة فطلق فذهب مالي ، ثم اشتريت له جارية فأعتقها وأتلف مالي . فأيش أصنع ؟ فقال ابو حنيفة : اشتر جارية لنفسك ، ثم زوجها من ابنك ، فإنْ جاء الطلاق : بقي مالك علي الإطلاق، وإن جاء العتاق لم يصح بالاتفاق » [1] .

فاكتساب الحيلة - هنا - كان مخرجا من وقوع الضرر عليه بضياع ماله ، ومن يكره مثل هذه الحيلة « فإنما يكره أحكام الشرع - وإنما يقع مثل هذه الأشياء -من قلة التأمل » [2] .

وبناء عليه فإنّ الشرع لا يمنع من الحيلة التي يتوسل بها صاحبها لقطع الضرر عن نفسه ؛ ذلك أنّ الشريعة جاءت بمراعاة الضرر " قطعا له ، ومنعاً منه .

علي أنّ هذا ينبغي ان يجري في إطار الضوابط المستفادة مما ذكر من أقوال العلماء التي عرضنا لها ، لا أنه علي الإطلاق

أما الحيل الممنوعة « فإن حقيقتها المشهورة : تقديم عمل ظاهر الجواز؛ لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلي حكم آخر ، فمآل العمل فيها : خرم قواعد الشريعة في الواقع» [3] ، وذلك كالواهب ماله

---

(١) - مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة : للموفق بن أحمد المكي الخوارزمي (١/ ١٦٣). ط: دائرة المعارف النظامية بحيدر أباد الدكن - الهند ، سنة ١٣٢١ هـ .

(٢) المبسوط للسرخسي (٣٠/٢١٠) . (٣) - الموافقات للشاطبي (٤/٢٠١) .

عند رأس الحول فرارا من الزكاة ، فإنَّ أصل الهبة علي الجواز ، ولو منع الزكاة من غير الهبة لكان ممنوعا ، فإنَّ كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة ، فإذا جمع بينهما علي هذا القصد صار مآل الهبة : المنع من أداء الزكاة ، وهو مفسدة ، ولكن هذا بشرط القصد إلي إبطال الاحكام الشرعية [(١)] .

وقد قيل في معناها – ايضًا – إنه : سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلي حصول غرضه الممنوع منه شرعا ، أو عقلاً ، أو عادة ، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء ، والفطنة [(٢)].

ويظهر من التعريفين انَّ الحيلة الممنوعة مقصود بها التخلص من قواعد الشريعة عن طريق عمل ظاهر الجواز .

فإذا كانت قواعد الشريعة ترجع إلي تحقيق هذا المقصود : تحصيل المصالح وتكميلها ، وتعطيل المفاسد (المضار) وتقليلها ، فإنه يكون معني التخلص من هذه القواعد بالحيلة : فوات المصالح وحصول المضار : كما لو اجزْنا حيلة الفار من الزكاة بهبة ماله عند رأس الحول ، وكما لو اجزْنا الحيلة علي إسقاط الشفعة .

ومن ثم فإنه يتقرر : انَّ المنع من مثل هذه الحيل هو ما ينسجم مع ما جاءت به الشريعة من مراعاة الضرر : قطعا له ، ومنعا منه ، بل إنه ليصح القول بأن منطلق المنع إنما هو قطع الضرر .

وعلي هذا فإنه يكون منع تلك الحيل مقصودا به قطع المضار عن طريق حسم الوسائل المؤدية إليها ، وإن كان ظاهرها الجواز .

---

(١)– المصدر السابق .

(٢)– انظر : الفتاوي الكبري لابن تيمية (٣/٢٦٥) ، وإعلام الموقعين لابن القيم (٣/٢٤٠) .

موقف ابن تيمية من الحيل الممنوعة، وعلاقة ذلك بالتوسع في قطع المضار

- فصلّ شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالي - القول في هذا النوع الممنوع من الحيل فجعله أربعة أقسام :

(القسم الأول) :

الطرق الخفية التي يتوسل بها إلي ما هو محرم في نفسه ، بحيث لا تحل بمثل ذلك السبب (يعني : بمثل هذه الحيلة) بحال .

قال ابن تيمية : « فمتي كان المقصود بها حراما في نفسه فهي حرام باتفاق المسلمين ، وصاحبها يسمي داهية ومكاراً، وذلك من جنس الحيل علي هلاك النفوس ، وأخذ الأموال ...، وبالجملة فكل ما هو محرم في نفسه فالتوسل إليه بالطرق الظاهرة محرم ، فكيف بالطرق الخفية التي لاتعلم ، وهذا مجمع عليه بين المسلمين » (١) .

علي أن ابن تيمية ينظر إلي حيل هذا القسم نظراً متعمقا يؤدي به إلي تصور أنها : إما حيل يقصد بها المحتال حصول غرضه ، وإنْ ظهر أنه محرم :كحيل اللصوص ، ولامدخل لهذا في الفقه .

وإما حيل يقصد بها المحتال حصول غرضه الذي لا يظهر أنه شر ؛ إذ لا يمكن الاطلاع علي ذلك غالبًا ، ففي مثل هذا قد تسد الذرائع إلي تلك المقاصد الخبيثة : كما في إقرار المريض لوارث لا شيء له عنده ، فيجعله حيلة إلي الوسيلة له . قال ابن تيمية : « وهذا محرم باتفاق المسلمين ،

---

(١)- انظر : الفتاوي الكبري (٣/ ١٩٢، ١٩٣).

وتعليمه هذا الإقرار حرام ، والشهادة عليه مع العلم بكذبه حرام ، والحكم بصحته مع العلم ببطلانه حرام ، فإن هذا كاذب ، غرضه : تخصيص بعض الورثة بأكثر من حقه ، فالحيلة نفسها محرمة ، والمقصود بها محرم » [١] .

ويندرج في هذا القسم ما هو في نفسه مباح ، لكن بقصد المحرم – صار حراماً : كالسفر لقطع الطريق ، ونحو ذلك .

فصار هذا القسم مشتملا علي **قسمين** [٢] .

وحاصل النظر فيما عرض له شيخ الإسلام في هذا الموضع يفيد هذه النتيجة : أنه ينبني علي منع حيل هذا القسم – قطع المضار والمنع منها قبل وقوعها ، وذلك تضييق لجهات وقوع الضرر ، وغلق للأبواب والمنافذ المؤدية إليه ، فيكون منع الحيل – هنا – جارٍ في نطاق قطع الشريعة للضرر، ودرئها للمفسدة .

(القسم الثالث) :

انْ يقصد بالحيلة أخذ حق ، أو رفع باطلٍ ، لكن من طريق هو في نفسه محرم ، مثل انْ يكون له علي رجل حق مجحود فيقيم شاهدين لا يعلمانه ، فيشهدان به . قال ابن تيمية : « فهذا محرم عظيم عند الله قبيح ، لأن ذينك الرجلين شهدا بالزور حيث شهدا بما لايعلمانه ، وهو حملهما علي ذلك ...، فهذا حرام كله ؛ لأنها إنما يتوصل إليه بكذب منه ، أو من غيره ، لا سيما إنْ حلف ، والكذب حرام .

وهذا قد يدخل فيه بعض من يفتي بالحيلة ، لكنَّ الفقهاء منهم لا يحلونه » [٣] .

---

(١)- الفتاوي الكبري (٣ / ١٩٢ ، ١٩٣) .

(٢)- السابق .

(٣)- انظر : الفتاوي الكبري (٣/١٩٤).

والتكييف الفقهي لهذا : أنه تقابل ضرران : ضرر صاحب الحق المجحود نتيجة جحود حقه ، وضرر الاحتيال بأن يشهد شاهدان زوراً بهذا الحق ليتوصل به صاحبه إليه ، وابن تيمية يري أنه يتحمل الضرر الأخف، وهو ضرر خاص ، لدفع الضرر الأشد ، والذي فيه معني الضرر العام .

والضرر الخاص – هنا – هو : ضرر صاحب الحق المجحود ، والضرر الأشد الذي فيه معني الضرر العام هو: الاحتيال بشهادة الزور ؛ إذْ ذلك يفضي إلي الاستخفاف بالشهادة ، فتضيع الحقوق .

ويقوي من هذا أنَّ التوصل إلي قطع الحرام بارتكاب حرام أشد – أمر تنكره الشريعة ، بل إنَّ عقلا سليما لا يرضي بذلك ، ولا يقول به .

وبالجملة فإنه يظهر أنَّ المنع من حيل هذا القسم يتوسل به إلي قطع أشد الضررين بالتزام أدناهما ، وهذا إنْ لم يكن قطعًا للضرر بالكلية ، فهو تقليل منه

(القسم الرابع) :

أنْ يقصد بالحيلة حل ما حرمه الشارع ، وقد أباحه علي سبيل الضمن والتبع إذا وجد بعض الأسباب ، أو سقوط ما أوجبه الشارع علي سبيل الضمن والتبع إذا وجد بعض الأسباب .

قال ابن تيمية : « فيريد المحتال أنْ يتعاطي ذلك السبب قاصدا به ذلك – يعني حل ما حرمه الشارع ، أو سقوط ما أوجبه – للحيلة والسقوط ، وهذا حرام من وجهين : كالقسم الأول ، من جهة أن مقصوده : حل ما لم يأذن به الشارع بقصد استحلاله ، أو سقوط ما لم يأذن الشارع بقصد إسقاطه .

(والثاني) :

أنَّ ذلك السبب الذي يقصد به الاستحلال لم يقصد به مقصوداً يجامع حقيقته ، بل قصد به مقصوداً ينافي حقيقته ومقصوده الأصلي ، أو لم يقصد به مقصوده الأصلي ، بل قصد غيره فلا يحل بحال ، ولا يصح إن كان ممن يمكن إبطاله » [1] .

وهذا القسم هو الذي كثر فيه تصرف المحتالين ممن ينتسب إلي الفتوي ، ويقسمه ابن تيمية إلي خمسة أنواع :

النوع الأول :

الاحتيال لحل ما هو يحرم في الحال : كنكاح التحليل .

النوع الثاني :

الاحتيال لحل ما انعقد سبب تحريمه ، وهو ما يحرم إن تجرد عن الحيلة : كالحيل الربوية كلها، فإن المحتال يريد - مثلا - أخذ مائة مؤجلة ببذل ثمانين حالة ، فيحتال ليزيل التحريم مع بقاء سبب المحرم .

النوع الثالث :

الاحتيال علي إسقاط واجب قد وجب مثل أن يسافر في أثناء يوم في رمضان ليفطر ، ومثل الاحتيال عي إزالة ملك مسلم من نكاح ، أو مال، أو نحوها .

(١)- انظر: الفتاوي الكبري (٣/١٩٤، وما بعدها).

النوع الرابع :

الاحتيال لإسقاط ما انعقد سبب وجوبه ، مثل الاحتيال لإسقاط الزكاة ، أو الشفعة .

قال ابن تيمية : « وفي بعضها يظهر أن المقصود خبيث ، مثل : الاحتيال لإسقاط الزكاة .. ، أو الشفعة ، لكن شبهة المرتكب : أنَّ هذا منع للوجوب ، لا رفع له [1] ، وكلاهما في الحقيقة واحد ، وفي بعضها يظهر أنَّ السبب المحتال به لاحقيقة له : مثل الإفراد لابنه ، أو تمليكه ناويًا للرجوع ، أو تواطؤ المتعاقدين علي خلاف ما أظهراه كالتواطؤ علي التحليل ، وفي بعضها يظهر كلا الأمرين ، وفي بعضها يخفي كلاهما ... » [2] .

النوع الخامس :

الاحتيال علي أخذ بدل حقه ، أو عين حقه بخيانة ، مثل أن يأخذ مالاً قد اؤتمن عليه زاعما أنه بدل حقه ، أو أنه يستحق هذا القدر مع عدم ظهور سبب الاستحقاق ، أو إظهاره : كمن يستعمل علي عمل بجعل يفرض له ، ويكون جعل مثله أكثر من ذلك الجعل ، فيغل بعض مال مستعمله بناء علي أنه يأخذ تمام حقه .

قال ابن تيمية : « فإنَّ هذا حرام سواء كان المستعمل السلطان المستعمل علي مال الفيء ، والخراج ، والصدقات ، وسائر أموال بيت المال ، أو الحاكم المستعمل علي مال الصدقات ، وأموال اليتامي

---

(١)- سيأتي قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة بمثل ذلك .

(٢)- انظر: الفتاوي الكبري (٣/٢٠٢،٢٠٣).

والأوقاف ، أو غيرهما : كالموكلين ، والموصين ، فإنه كاذب في كونه يستحق زيادة علي ما شرط عليه ، كما لو ظن البائع ، أو المكري : أنه يستحق زيادة علي المسمي في العقد بناء علي أنه العوض المستحق »[1]

والنظر إلي هذا القسم بأنواعه الخمسة ينتهي بنا إلي تقرير ما سبق وهو أنّ منع الحيل – هنا – يعمل في نطاق تحقيق ما جاءت به الشريعة من قطع المضار ، وذلك بمنع ما يتوسل به إلي وقوعها : كمنع الحيل المفضية إلي أكل الربا ، وكمنع الاحتيال علي إزالة ملك مسلم من نكاح ، أو مال أو نحوهما وكمنع الاحتيال لإسقاط ما انعقد سبب وجوبه كالاحتيال لإسقاط الزكاة ، أو الشفعة . إلخ .

ونعرض لإحدي هذه المسائل بالتفصيل مع بيان مذاهب الفقهاء فيها ، حتي تكون الصورة أكثر وضوحًا ، ولتكن مسألة : الاحتيال على إسقاط الشفعة.

اختلف العلماء في الاحتيال علي إسقاط الشفعة قبل وجوبها ، وبعد انعقاد السبب .

واختار ابن تيمية : أن الاحتيال علي إسقاط الشفعة لا يجوز سواء كان ذلك قبل وجوبها ، أو بعد وجوبها .

قال ابن تيمية : « والصواب أنه لا يجوز الاحتيال علي إسقاط حق مسلم ، وما وجد من التصرفات لأجل الاحتيال المحرم فهو باطل »[2] .

وهذا الذي قاله ابن تيمية هو المأثور عن الإمام أحمد – رضي الله عنه –

(١)- المصدر السابق .

(٢)- انظر : مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٨٦).

قال أحمد : « لا يجوز شيء من الحيل في إبطالها – يعني : الشفعة – ولا إبطال حق مسلم » [1] ، وهو مذهب الحنابلة [2] .

قال في « المبدع » : « استدل الأصحاب بما روي أبو هريرة عن النبي –ﷺ– قال : « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود ، فتستحلوا محارم الله » [3]، وقد حرم الله الحيل في مواضع من كتابه ؛ ولأنَّ الشُّفعةَ وضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالحيل للحق الضرر ، فلم تسقط » [4] .

وذهب أبو يوسف إلي أنه لا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة ؛ لأنه منع عن إثبات الحق، فلا يعد ضرراً [5] .

وقال محمد بن الحسن – رحمه الله –: « تكره (أي : الحيلة في إسقاط الشفعة)؛ لأنَّ الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه » [6] .

وحكي النووي فيها وجهين ، أحدهما – قال : وهو الأصح – : أنها تكره ، وبه قال ابن سريج ، والشيخ أبو حامد .

والثاني : أنها لا تكره . قاله أبو حاتم القزويني في كتاب « الحيل » .

وأخذ النووي يذكر من الحيل – التي تسقط بها الشفعة – الكثير [7] .

---

(١)، (٢)– المبدع (٥/٢٠٤) ، ونقله ابن هبيرة في الإفصاح (٢/٣٦) عن الإمام مالك – رحمه الله تعالي –.

(٣)– قال الألباني في « إرواء الغليل» (٥/٢٧٥): أخرجه ابن بطة في «جزء في الخلع، وإبطال الحيل » ص ٢٤.

(٤)– المبدع (٥/٢٠٤).

(٥)– انظر : الهداية (٤/٣٩) ، وتكملة فتح القدير (٩/٤٢٢، ٤٢٣) .

(٦)– انظر السابق .

(٧)– الروضة (٥/١١٦) .

وفصّل القول في ذلك أبو زكريا الأنصاري في « أسني المطالب » حيث ذكر أن القول بعدم كراهة الحيل إنما يكون فيما إذا أثبتوا - أي : القضاة من الحنفية - الشفعة للجار .

وتثبت الكراهة فيما إذا كانت الحيلة دفع الشفعة في غير ذلك [1] .

والذي يظهر أنَّ الصواب مع ما قال به ابن تيمية مما وافق فيه قول أحمد ، ومذهب الحنابلة ؛ لأنه لا يتصور أنَّ الشرع يثبت حقًا من جهة ، ويجيز - من الجهة الأخري - التحايل علي إسقاطه ؛ إذْ ليس ثم حاجة تدفع بالشرع لأنْ يكون كذلك ، ولو أراد إسقاط الشفعة لما أثبتها ، فعلم منه : أنه إنما أثبتها لقيام المقتضي لذلك من دفع الضرر عن الشفيع،ولازم هذا: تحريم الاحتيال علي إسقاطها.

ومثل هذا التفصيل يؤكد ما ذكرنا من أنَّ منع حيل هذا القسم بأنواعها المذكورة ينبني عليه قطع المضار من أسبابها البعيدة ، المفضية إلي وقوعها ؛ بمنع هذه الأسباب .

خاتمة هذا المطلب

وخلاصة هذا المبحث : أنَّ الحيل جنس يندرج تحته نوعان : نوع يتوصل به إلي فعل الواجب، وترك المحرم ، وتخليص الحق ، ونصر المظلوم ، وقهر الظالم ، وعقوبة المعتدي . .

ونوع يتوصل به إلي استحلال المحرم ، وإبطال الحقوق ، وإسقاط الواجبات .

---

(١)- أسني المطالب (٢ / ٣٨٠).

وحاصل النظر فيهما : أنَّ ما يتخلص به الرجل من الحرام ، أو يتوصل به إلي الحلال - فهو حسن ، وإنما يكره : أنْ يحتال في حق لرجل حتي يبطله ، أو في باطل حتي يموهه ، أو في حق حتي يدخل فيه شبهة ، فما كان علي هذا السبيل فهو حرام ، ممنوع منه .

وأنه يكون من أدلة منع مثل ذلك قاعدة سد الذرائع التي سبق أنْ تُكُلِّم عنها .

وأنَّ إجازة الحيل أو المنع منها محكوم بقواعد الشرع ومقرراته وأهدافه التي ترجع في جملتها إلي تحقيق المصالح : جلبا للمنافع وتكميلها ، وتعطيلا للمضار وتقليلها .

وبناء عليه فإنه تكون مراعاة الشريعة للحيل : بإجازة بعضها ومنع البعض الآخر - مقصوداً بها مراعاة الضرر : قطعًا له ، ومنعًا من وقوعه : إمَّا جملةً ، وإما بالتقليل منه : كما في التزام أخف الضررين لدفع أشدهما .

ومفاد ذلك : أن قاعدة الحيل تعمل - سواء بالمنع ، أو الإذن - في نطاق تحقيق ما جاءت به الشريعة من قطع الضرر .

تلك هي حقيقة الحيل ما لايمنع منها وما يمنع ، والعلاقة بينها وبين الضرر .

المبحث الرابع

فـي : العلاقة بين الضرر ومصطلح العرف

- مقدمة :

بوب البخاري في صحيحه - في كتاب البيوع - بابًا ترجم له بهذه الترجمة : «باب من أجري أمر الأمصار علي ما يتعارفون بينهم في : البيوع، والإجارة، والمكيال ، والوزن ، وسننهم علي نياتهم ، ومذاهبهم المشهورة» [(١)] .

قال ابن حجر : قال ابن المنير ، وغيره : مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد علي العرف، وأنه يقضي به علي ظواهر الألفاظ : ولو أن رجلاً وكل رجلا في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذي عرف الناس - لم يجز .

وذكر القاضي الحسين من الشافعية : أن الرجوع إلي العرف أحد القواعد الخمس التي يبني عليها الفقه ، فمنها الرجوع إلي العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية :كصغر ضبة الفضة ، وكبرها، وغالب الكثافة في اللحية ، ونادرها ، وقرب منزله وبعده ، وكثرة فعل أو كلام وقلته في الصلاة ، و[مقابلا] [(٢)] بعوض في البيع وعينًا ، وثمن مثل، ومهر مثل ، وكُفْء نكاح ، ومؤنة ، ونفقة ، وكسوة، وسكني ، وما يليق بحال الشخص من ذلك .

---

(١)- البخاري مع الفتح (٤ / ٤٧٣) . وقد ذكر البخاري في الباب حديث هند بنت عتبة لما اشتكت شح أبي سفيان ، فقال لها النبي - ﷺ - : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، وحديثين آخرين، وقولاً لشريح، وقولاً لعبد الوهاب بن أيوب ، وآية :﴿ ومن كان فقيراً فلياكل بالمعروف . .﴾ آية (٦) سورة النساء ، وواقعة للحسن البصري مع عبد الله بن مرداس؛ ليثبت به الاعتماد علي العرف.

(٢)- هكذا بالنصب كما في الفتح (٤ / ٤٧٤) فلعله أن يكون قد وقع سقط وتقديره : وما يعد .

ومنها الرجوع إليه في المقادير : كالحيض، والطهر ، وأكثر مدة الحمل، وسن اليأس ، ومنها الرجوع إليه في فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام : كإحياء الموات، والإذن في الضيافة، ودخول بيت قريب ، وتبسط مع صديق، وما يعد قبضا ، وإيداعًا ، وهدية ، وغصبًا ، وحفظ وديعة ، وانتفاعًا بعارية ، ومنها الرجوع إليه في أمر مخصص : كالفاظ الأيمان ، وفي الوقف ، و الوصية ، والتفويض ، ومقادير المكاييل، والموازين، والنقود ، وغير ذلك [١] .

وقال العيني: وحاصل الكلام أن البخاري قصد بهذه الترجمة : إثبات الاعتماد علي العرف، والعادة [٢] .

ومثل هذا يظهر به اعتبار الفقهاء العرف دليلاً شرعيًا ، وأصلاً من أصول الاستنباط، ومنزّلاً منزلة الشرط.

قال ابن بطال : «العرف عند الفقهاء أمر معمول به ، وهو كالشرط اللازم في الشرع» [٣].

وقال ابن عابدين: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة حتي جعلوا ذلك أصلاً ، فقالوا في الأصول – في باب ما تترك به الحقيقة – : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة . هكذا ذكر فخر الإسلام [٤] .

---

(١)– فتح الباري (٤ /٤٧٤).

(٢)– عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني (٩ / ٤٢٠) . طبعة الحلبي – الطبعة الأولي (١٣٩٢هـ – ١٩٧٢م) .

(٣)– عمدة القاري (٩/٤٢٠) .

(٤)– الأشباه والنظائر لابن نجيم (٩٣).

وفي شرح الأشباه للبيري : قال في المشروع الثابت بالعرف : ثابت بدليل شرعي ، وفي المبسوط : الثابت بالعرف كالثابت بالنص»(١) .

وقال الفقهاء – أيضًا – :كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولاضابط له فيه، ولا في اللغة – يرجع فيه إلي العرف (٢)

وقال الشاطبي : «العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعًا» (٣) .

وفي حاشية العطار علي جمع الجوامع: «العادة محكمة . أي : حكمها الشرع ، فيعمل بها شرعًا» (٤) .

هذه هي بعض النقول التي تدلنا علي موقف الفقه الإسلامي من العرف ، فما هو هذا العرف؟ وما هي العلاقة التي بينه وبين الضرر ؟ وجواب ذلك وفق ما يلي:

أولاً : حقيقة العرف وتقسيماته

العرف : هو ما اعتاده الناس، وساروا عليه في كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه علي معني خاص لا تألفه اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماعه ، وهو بمعني العادة الجماعية (وقد شمل هذا التعريف : العرف العملي ،والعرف القولي) (٥) .

قال في الأشباه : ذكر الهندي في « شرح المغني » – في معني العادة (العرف) أنها عبارة : عن « ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة

---

(١)- رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام علي العرف ، ضمن رسائل ابن عابدين (١١٥٢)، ط : عالم الكتب - بيروت ، وانظر : المبسوط (١٣/ ١٤، ١٥).

(٢) الأشباه والنظائر لتاج الدين بن السبكي (١/ ٥١) ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٩٨).

(٣)- الموافقات (٢٢/ ٢٨٦).

(٤)- حاشية العطارعلي شرح الجلال المحلي علي جمع الجوامع (٢ / ٣٩٩) ، وانظر : غاية الوصول شرح لب الأصول لأبي زكريا الأنصاري (١٤٠). ط : عيسي الحلبي.

(٥)- أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٢/ ٨٢٨).

المعقولة عند الطباع السليمة ، وهي أنواع ثلاثة ، **العرفية العامة** : كوضع القدم [١] .

والعرفية الخاصة : كاصطلاح كل طائفة مخصوصة : كالرفع للنحاة، والفرق والجمع والنقض للنظار .

والعرفية الشرعية : كالصلاة ، والزكاة تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية » [٢] .

وفي شرح الأشباه للبيري نقلاً عن المستصفي[٣] : إن « العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول »[٤] .

أما ابن عابدين فقد انتهي من النظر في هذه التعريفات إلي« أن العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخري – صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة ، حتي صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعني واحد من حيث الماصدق (أي : ما ينطبق عليه من حالات)....» [٥] .

وقال في شرح التحرير: إن « العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » [٦] .

---

(١)- قوله (كوضع القدم) . أي : إذا قال والله لا أضع قدمي في دار فلان ، فهو في العرف بمعني الدخول ، فيحنث سواء دخلها ماشياً ، أو راكبا ، ولو وضع قدمه في الدار بلا دخول لا يحنث .

(٢)- أشباه ابن نجيم (٩٣).

(٣)- لعبد الله بن أحمد النسفي الحنفي ،غير مستصفي الغزالي.

(٤)- نشر العرف (٢ / ١١٤).

(٥)- المصدر السابق .

(٦)- (التقرير والتحبير شرح التحرير (١/٢٨٢).

ثم ينقسم العرف إلي نوعين : عملي ، وقولي .

فالأول : كتعارف قوم أكل البر، ولحم الضأن ، وكاعتياد الناس بيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية .

والثاني : كتعارفهم إطلاق لفظ لمعني بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره ، فمن ذلك : تعارف الناس إطلاق الولد علي الذكر دون الأنثي ، وعدم إطلاق لفظ اللحم علي السمك .

فالثاني (القولي) : مخصص للعام اتفاقًا : كالدراهم تطلق ، ويراد بها : النقد الغالب في البلدة .

والأول (العملي) مخصص – أيضًا – عند الحنفية دون الشافعية ، فإذا قال : اشتر لي طعامًا أو لحمًا – انصرف إلي البر ولحم الضأن كما أفاده في التحرير (١) .

كذلك فإنه ينقسم العرف سواء أكان قوليا ، أم عمليًا – إلي نوعين : عرف عام،و عرف خاص (٢) .

فالأول : هو ما يتعارفه غالبية أهل البلدان – في وقت من الأوقات – مثل تعارفهم عقد الاستصناع، ودخول الحمام من غير تقدير مدة المكث فيه .

والثاني : (وهو العرف الخاص) –:هو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم، وطائفة معينة من الناس : كجعل دفاتر التجار حجة في إثبات الديون .

---

(١)– (التقرير والتحبير شرح التحرير (١/٢٨٢).

(٢)– نشر العرف (٢ / ١١٤، ١١٥) . وقال الشاطبي : « العوائد – أيضًا – ضربان بالنسبة إلي وقوعها في الوجود ، أحدها : العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأمصار ، والأحوال ...، والثاني : العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار، والأمصار، والأحوال» . الموافقات (٢ / ٢٩٧).

والعرف المقبول بالاتفاق : هو العرف العام المطرد من عهد الصحابة ومن بعدهم ، الذي لم يخالف نصًا شرعيًا ، ولا قاعدة أساسية، حتي إن الحنفية قد نصوا علي أنه يترك به القياس ، ويصلح مخصصًا للدليل الشرعي [١] .

وأمثلته كثيرة : كعقود الاستصناع، والإجارة ، والسلم ، والمعاطاة، ودخول الحمام ، والشرب من السقاء وغيرها.

وكتعارف الناس كثيراً من العادات التجارية ، والخطط السياسية ، والأنظمة الاقتصادية، والإنمائية، والاجتماعية التي تتطلبها حاجاتهم ، وتستدعيها مصالحهم؛ لأن المقصود من التشريع هو دفع الحرج والمشقة، وتحقيق المصالح.

فاعتبار العرف مبني – في الغالب – علي مراعاة الحاجة والمصلحة ، ودفع الحرج والمشقة ، والتيسير في التكاليف [٢] .

وكذلك غير الحنفية قرروا: أن العرف يخصص اللفظ العام[٣] ، ويقيد به المطلق، وتفسر به حقيقة اللفظ لغة إذا كان عرفا قوليًا، وتفسر به النصوص الشرعية إذا كان قائما حال ورود النص[٤].

---

(١)– انظر: نشر العرف (جـ٢ /١١٦).

(٢)– أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (٢ /٨٣٢، ٨٣٧) ، وهذا ظاهر في بيان العلاقة بين العرف ومراعاة الشريعة للضرر .

(٣)– انظر : إحكام الفصول للقرافي (١/١٧٧). قال المصنف : « يجوز تخصيص العموم بعادة المخاطبين ، وبه قال : ابن خويز منداد ؛ لأن اللفظ إذ ورد حمل علي عرف التخاطب في الجهة التي ورد منها» . ولا خلاف بين العلماء في أن العادة القولية تخصص العموم ، ومحل الخلاف العادة الفعلية ، وعبر عنها الحنفية بالعرف العملي ، وقالوا : بجواز تخصيص العموم بها، وقال الجمهور : بالمنع ، وقد سبق ذكر ذلك . انظر : التقرير والتحبير (١ / ٢٨٢) ، والفروق للقرافي (١ / ١٧١ ، وما بعدها) .

(٤)– أصول الفقه الإسلامي (٢ / ٨٣٢) .

وأما العرف الخاص فيعتبر إذا عارض النص المذهبي المنقول ، هذا علي أنه يفترق عن العرف العام في أنه يختص حكمه بأهل بلدة ذلك العرف، والأول يثبت حكمه علي أهل كل البلاد.

ولا يعتبر العرف الخاص إذا عارض نصا شرعيًا ، ولا يترك به القياس، ولا يخص به الأثر بخلاف العام .

هذه هي حقيقة العرف وتقسيماته ، وموقف العلماء من الاحتجاج به كما عرض لها الأصوليون والفقهاء في كتبهم التي رجعنا إلي بعضها .

ثانيًا : العلاقة بين العرف والضرر

إن أول ما يقال – هنا – هو اعتماد هذه الملاحظة المستخلصة من النظر في جملة ما عرض له العلماء من أمثلة بناء الأحكام علي العرف، وهي : أن اعتبار العرف مبني – في الغالب – علي مراعاة الحاجة والمصلحة، ودفع الحرج والمشقة، والتيسير في التكاليف.

ومثل هذا قطع للضرر ،وتقليل منه ؛ بتضييق جهات وقوعه؛ إذ إن في نزع الناس عن عاداتهم مضرة بهم ومشقة عليهم ، وفي تحكيم أعرافهم معني من معاني رفع الحرج عنهم بإجراء الأمور علي ما عليه مألوفهم وتعاملهم ، وهو ما فيه تجنب هذه المضار، وتلك المشاق.

علي أنه يمكن ملاحظة ذلك – بصورة أكثر وضوحًا – علي هذين المستويين :

المستوي الأول : بناء الحكم علي العرف استثناء من الدليل في واقعة بخصوصها ؛ لأن طرد مقتضي الدليل بحيث يشمل هذه الواقعة

-يترتب عليه حرج شديد ، ومضرة بالغة [١] .

والمستوي الثاني : بناء الأحكام علي العرف استثناء من النص المذهبي في وقائع وجزئيات حادثة ؛ لأن التخريج علي هذا النص بحيث يحكم به علي هذه الحادثات - يترتب عليه مزيد حرج، وبالغ مضرة [٢] .

ومن المعلوم أن الشريعة جاءت برفع الحرج، وقطع المضرة، فيكون العمل بالعرف أحد سبلها إلي تحصيل مثل هذا .

وتفصيل القول بهذا الخصوص كما يلي - :

أولاً : بناء الأحكام علي العرف استثناء من الدليل ؛ لرفع الحرج ؛ وقطع المضرة

ينبغي أن يقال - ابتداء - إنه إذا خالف العرف الدليل الشرعي من كل وجه : بأن لزم منه ترك النص - فلا شك في رد مثل هذا العرف، وعدم اعتباره ؛ لأنه عرف فاسد : كما هو الشأن في تعارف الناس كثيراً من المحرمات من الربا ، وشرب الخمر ، ولبس الحرير والذهب، واختلاط النساء بالرجال وسفور النساء ...إلخ - مما ورد تحريمه نصًا - .

فإن لم يخالف العرف الدليل من كل وجه : بأن ورد الدليل عامًا، والعرف خالفه في بعض أفراده ، أو كان الدليل قياسًا ، فإن العرف معتبر إن كان عامًا ، ويصلح مخصصًا ، ويترك به القياس : كمسألة الاستصناع، ودخول الحمام ، والشرب من السقاء إلي آخر ما ذكر قبل ذلك .

---

(١)- ، (٢)- وقد يقال عن هذا إنه استحسان بالعرف، وهو صحيح ، وسيأتي تصريح بعض الحنفية بأنه كذلك ، ومن ثم فإنه يري المحققون أن العرف ليس دليلاً مستقلاً ؛ لتداخله مع الاستحسان ، بل مع المصلحة بالمعني الواسع الذي تقدم بيانه .

قال ابن عابدين: «وإن كان العرف خاصًا فإنه لا يعتبر ، وهو المذهب كما ذكره في الأشباه، حيث قال : فالحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ،ولكن أفتي كثير من المشايخ باعتباره» [١] .

ومثال ذلك : قال في «الذخيرة البرهانية» - في الفصل الثامن من الإجارات - فيما لو دفع غزلاً علي أن ينسجه بالثلث ، قال ومشايخ بلخ : كنصير بن يحيي ، ومحمد بن سلمة ، وغيرهما كانوا يجيزون هذه الإجارة في الثياب لتعامل أهل بلدهم - والتعامل (العرف) حجة ، يترك به القياس ، ويخص به الأثر - وبه أفتي أبو علي النسفي .

علي أن تجويز هذه الإجارة في الثياب للتعامل(للعرف)- تخصيص للنص الذي ورد في قفيز الطحان [٢] .

---

(١)- نشر العرف لابن عابدين (٢ / ١١٦).

(٢)- قال ابن حجر في التلخيص : «حديث نهي النبي - ﷺ - عن قفيز الطحان - رواه الدارقطني ، والبيهقي من حديث أبي سعيد ... وقد أورده عبد الحق في الإحكام بلفظ: «نهي النبي - ﷺ - .....» وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما يسم فاعله ، وفي الإسناد :هشام أبو كليب راويه عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد ، لا يعرف، قاله ابن القطان ، والذهبي ، وزاد : وحديثه منكر، وقال مغلطاي : هو ثقة ، فينظر فيمن وثقه . قال ابن حجر : ثم وجدته في ثقات ابن حبان .

والحديث وقع في سنن البيهقي مصرحًا برفعه ، لكنه لم يسنده ، وقفيز الطحان فسره ابن المبارك أحد رواة الحديث بأن صورته أن يقال للطحان : اطحن كذا ، وكذا بزيادة قفيز من نفس الطحن ، وقيل هو طحن الصبرة لا يعلم مكيلها بقفيز منها». انظر : التلخيص الحبير (٣ / ٦٩) .

والجمهور (الحنفية والمالكية ، والشافعية) ، ورواية عن أحمد : علي أنه لا يجوز أن تجعل الأجرة شيئًا مجهولا ، أو عمل أجنبي - كما عبر النووي في الروضة - كمسألة قفيز الطحان . وقد جوز ذلك ابن تيمية ما دام علي الوجه المعتاد الذي يقتضيه العرف ، وهو مذهب الحنابلة.

انظر : مجموع الفتاوي (٣٠/٦٧) ، والمبسوط (١٦/ ٣٥) ، والقوانين الفقهية (٢٣٦) ، والروضة (٥ /١٧٦، ١٧٧) ، والفروع (٤ / ٣٩٣، ٣٩٤) .

ووجه ذلك « أن النص ورد في قفيز الطحان لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره، فيكون وارداً فيه دلالة، فمتي تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك ، وعملنا بالنص في قفيز الطحان كان تخصيصًا لاتركًا أصلاً، وتخصيص النص بالتعامل جائز، ألا تري أناجوزنا الاستصناع للتعامل ، والاستصناع : بيع ما ليس عنده، وأنه منهي عنه[1] ، وتجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، لا ترك للنص أصلاً ؛ لأنا عملنا بالنص في غير الاستصناع ، وهذا بخلاف ما لو تعامل أهل بلدة قفيز الطحان - فإنه لا يجوز ، ولا تكون معاملتهم معتبرة؛ لأنا لو اعتبرنا معاملتهم كان تركًا للنص أصلا، وبالتعامل لا يجوز ترك النص أصلا، وإنما يجوز تخصيصه » [2] .

والذي يظهر أن من قال من المشائخ بتخصيص النص - هنا - بالتعامل (العرف) - إنما قصد رفع الحرج عن الناس ، والتيسير عليهم ، وقطع المضرة عنهم ؛ إذ تحكيم أعراف الناس فيه معني من معاني رعاية مصلحتهم ، ورفع الحرج عنهم بإجراء الأمور علي ما عليه مألوفهم وتعاملهم .

وقد قال ابن عابدين: واعتبار العرف الخاص ببلدة واحدة قول في المذهب ، والقول الضعيف يجوز العمل به عند الضرورة [3] .

كذلك فمن أمثلة بناء الحكم علي العرف العام استثناء من الدليل : أن الإجارة مشروعة علي خلاف القياس ؛ لأنها بيع المنافع المعدومة وقت

---

(١)- سبق تخريجه .
(٢)- نشر العرف (٢ / ١١٦).
(٣)- السابق(٢/١٢٥).

العقد، وإنما جازت بالتعارف العام لما فيها من احتياج عامة الناس إليها ، وقد تعارفوها سلفًا ، وخلفًا، فجازت علي خلاف القياس .وصرح في«الذخيرة» بأن الإجارة إنما جازت لتعامل الناس[1] أي : للعرف.

مثال آخر : أن الحنفية صرحوا بفساد البيع بشرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين ، واستدلوا علي ذلك بنهيه - ﷺ - عن بيع وشرط [2] ، وبالقياس ، واستثنوا من ذلك ما جري به العرف : كبيع نعل علي أن يحذوها البائع . قال في «منح الغفار» : فإن قلت: إذا لم يفسد الشرط المتعارف العقد - يلزم أن يكون العرف قاضيًا علي الحديث، قلت: ليس بقاض علي الحديث، بل علي القياس؛ لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع فكان موافقًا لمعني الحديث ، ولم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه [3] .

وفي «فتح القدير» في مسألة شراء النعل علي أن يحذوها البائع- : أنه يجوز البيع استحسانا، ويلزم الشرط للتعامل (للعرف)..، ثم قال: «ومثله في ديارنا شراء القبقاب علي أن يسمر له سيرًا» [4].

قال ابن عابدين : «فهذا عرف حادث وخاص - أيضًا - إذ كثير من البلاد لا يلبس فيها القبقاب، وقد جعله معتبرًا مخصصًا للنص الناهي عن بيع وشرط» [5] .

---

(١)- نشر العرف (٢/ ١١٧).

(٢)- قال في نصب الراية (٤ / ١٧) : رواه الطبراني في «الأوسط» ، ورواه الحاكم في كتاب « علوم الحديث » . ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في « أحكامه » وسكت عنه .

(٣)- نشر العرف (٢ / ٢٢١).

(٤)- فتح القدير (٦/٤٥١). (٥)- نشر العرف (٢/١٢٥).

وملاحظة ابن عابدين علي اعتبار الكمال بن الهمام العرف مع أنه حادث وخاص - صحيحة، وكلام الكمال في ذلك ظاهر .

وذلك ليتوصل بالعرف إلي قطع المضار عن الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم ؛ إذ إن تحكيم أعراف الناس فيه ما سبق أن ذكر من معني رعاية مصالحهم (جلبًا للمنافع ، أو دفعًا للمضار) . ورفع الحرج عنهم بإجراء الأمور علي ما عليه مالوفهم وتعاملهم .

ويتخرج علي هذا شراء بعض الحاجيات : كالغسالات ، والثلاجات واشتراط إصلاحها عند العطب مدة معينة (وهو ما يعبر عنه بالضمان)، فهذا جائز أخذاً بمقتضي العرف العام في مقابلة نص الحديث : «نهي عن بيع وشرط» ..؛ إذ حقيقة الأمر : أن العرف - هنا - لم يقض علي الحديث، بل قضي علي القياس، كما أشير إليه . وليس بخاف ما في مثل هذا من قطع الضرر، والتقليل من احتمالات وقوعه .

ومن الأمثلة - أيضًا - : ما نقله ابن عابدين عن البزازية . قال : وذكر في البزازية - في البيع الفاسد في القول السادس - في بيع الوفاء (وهو : أن يبيع المحتاج إلي النقد عقاراً علي أنه متي وفي الثمن استرده) : أنه صحيح ، قال لحاجة الناس إليه فراراً من الربا، نقله في الأشباه في فروع العرف الخاص [١] .

والحق أن توسع الحنفية هذا في اعتبار العرف صادر عن نظر مستوعب لما ترجع إليه أدلة التشريع، ومقرراته العامة، وقواعده الكلية - من تحصيل منافع الخلق وتكميلها ، وتعطيل المضار وتقليلها ، وتيسيراً

(١)- المصدر السابق (٢/ ١٢٠)، والأشباه لابن نجيم (١٠٣) .

عليهم في أمور المعايش، ورفعًا للحرج عنهم ، وليس يدخل في ذلك -بحال- اعتبار لعرف يهدم مقرراً تشريعيًا ، أو قاعدة كلية، أو يعارض مقصوداً من مقاصد التشريع .

وحينئذ فإنه يكون اعتبار العرف، والعمل بمقتضاه جاريًا في نطاق القواعد والمقررات الشرعية ؛ ولتحقيق ما جاءت به الشريعة من مقاصد وأهداف .

هذا هو ما ينبغي أن يفهم عن الحنفية ومن مثلهم من الفقهاء في ذلك الموضع.

ثانياً : بناء الأحكام على العرف استثناء من النص المذهبي ؛ رفعًا للحرج، وقطعا للمضار

أما إذا خالف العرف ما هو ظاهر الرواية - فيقال حينئذ : إن نصوص المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص فهي ما ذكر في (أولاً) ، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي، وكثير منها ما يبنيه المجتهد علي ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث - لقال بخلاف ما قاله أولاً. قال ابن عادين : «ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد : إنه لابد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان؛ لتغير عرف أهله ؛ أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمن بحيث لو بقي الحكم علي ما كان عليه أولاً - للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية علي التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد ؛ لبقاء العالم علي اتم نظام، واحسن أحكام ؛ ولهذا تري المشايخ في المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها علي ما كان في زمنه ؛ لعلمهم بانه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد

مذهبه » [1] .

فالعدول عن المنصوص عليه في المذهب إلي حيث الحكم بمقتضي العرف الحادث مقصود به مراعاة مصالح الناس : جلبا للمنافع ، أو دفعًا للمضار؛ وذلك وفق مقررات التشريع العامة، وقواعده الكلية .

ومن أمثلة ذلك : الإفتاء بجواز الاستئجار علي تعليم القرآن ، ونحوه ؛ لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول ؛ إذ اشتغال المعلمين بالتعليم بلا أجرة يلزم عنه ضياعهم، وضياع عيالهم ،ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة، وصناعة – يلزم ضياع القرآن والدين. فأفتي المشائخ بأخذ الأجرة علي التعليم، وكذا علي الإمامة، والأذان كذلك ، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبوحنيفة، وأبو يوسف ، ومحمد من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه : كبقية الطاعات من الصوم، والصلاة، والحج، وقراءة القرآن ، ونحو ذلك [2] .

ومن ذلك : قول الإمامين (أبي يوسف ، ومحمد) بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة مع مخالفته لما نص عليه أبو حنيفة بناء علي ما كان في زمنه من غلبة العدالة؛ لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله – ﷺ– بالخيرية ، وهما أدركا الزمن الذي فشي فيه الكذب .

« وقد نص العلماء علي أن هذا الاختلاف اختلاف عصر وأوان، لا اختلاف حجة وبرهان » [3].

---

(١)– انظر : نشر العرف (٢ /١٢٥) .

(٢)– انظر : الهداية (٢٤٠/٣) ، ونشر العرف (١٢٥/٢، ١٢٦)، وحاشية رد المحتار علي الدر(٥٥/٦).

(٣)– نشر العرف (١٢٦/٢).

ومن ذلك : تحقق الإكراه من غير السلطان مع مخالفته لقول أبي حنيفة، بناء علي ما كان في زمنه : من أن غير السلطان لا يمكنه الإكراه، ثم كثر الفساد فصار يتحقق الإكراه من غيره . فقال محمد – رحمه الله – باعتباره ، وأفتي به المتأخرن لذلك [1] .

ومن ذلك : تضمين الساعي– عند الحنفية – مع مخالفته لقاعدة المذهب من أن الضمان علي المباشر دون المتسبب ، ولكن أفتوا بضمانه زجراً ؛ بسبب كثرة السعاة المفسدين ، بل أفتوا بقتله زمن الفترة [2] .

ومن ذلك : مسألة بيع الثمار علي الأشجار عند وجود بعضها دون بعض فقد أجازه بعض علماء الحنفية للعرف . قال في « الذخيرة البرهانية » – في الفصل السادس من البيع – : وإذا اشتري ثمار بستان ، وبعضها قد خرج، وبعضها لم يخرج. فهل يجوز هذا البيع؟ ظاهر المذهب : أنه لايجوز، وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه في الثمار ، والباذنجان، والبطيخ ، وغير ذلك .

وقد أفتي ابن عابدين بجوازه اعتباراً بعادة الناس . قال : « وقد صدق الإمام الفضلي في قوله : ولهم في ذلك عادة ظاهرة، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج ...، وفيما ذكره الإمام الفضلي تيسير علي الناس ، ورحمة بهم من حيث صحة بيعهم ، وحل أكلهم الثمار، والخضروات ، وتناولهم أثمان ذلك » [3] .

---

(١)– المصدر السابق .

(٢)– نشر العرف (١٢٦/٢) ، وقد تقدم الكلام عن ذلك .

(٣)– السابق (١٣٩/٢، ١٤٠)، وهو مذهب مالك ، نص علي ذلك في الموطأ.

قال مالك : «والأمر عندنا في بيع البطيخ ، والقثاء، ...، أن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز، ثم يكون للمشتري ما ينبت حتي ينقطع ثمره ويهلك ، وليس في ذلك وقت يؤقت ، وذلك أن وقته معروف عند=

وحاصل النظر أن اعتبار العرف في كل ما سبق كان سبيل الشريعة لتحقيق مقاصدها - في الخلق - التي حقيقتها : تحصيل المنافع وتكميلها، وتعطيل المضار وتقليلها ، والتيسير علي الناس في أمور المعايش ، ورفع الحرج عنهم .

ومن ثم فإنه يظهر أن اعتبار العرف الخاص والعمل بمقتضاه يؤدي إلي قطع المضار وتضييق جهات وقوعها .

قال ابن عابدين : «وبما قررناه تبين لك أن ما تقدم عن الأشباه من أن المذهب : عدم اعتبار العرف الخاص - إنما هو فيما إذا عارض النص الشرعي ، فلا يترك به قياس ، ولا يخص به الأثر ، بخلاف العرف العام - كما مر تقريره - فيما نقلناه عن الذخيرة ...، وأما العرف الخاص إذا عارض النص المذهبي المنقول عن صاحب المذهب - فهو معتبر كما مشي عليه أصحاب المتون ، والشروح، والفتاوي في الفروع التي ذكرناها وغيرها، وشمل العرف الخاص : القديم ، والحادث ، كالعرف العام وبما قررناه اتضح لك معني ما قاله في «القنية» من أنه ليس للمفتي ، ولا للقاضي أن يحكما بظاهر الرواية، ويتركا العرف» (١) .

وقد قرر ابن قيم الجوزية - رحمه الله تعالي - في «الإعلام» نحو ذلك ، وعقد له مبحثًا عنونه بهذا العنوان :

= الناس ... ».

الموطأ مع المنتقي (٤ /٢٢٢) ، وبداية المجتهد(٢/١٧٩)، والقوانين(٢٢٥).

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالي - قال ابن تيمية : « وكثير من العلماء من أصحاب مالك ، وأحمد، وغيرهما قالوا : إنه يجوز بيعها (أي المقاثي كالبطيخ، والخيار، والقثاء...) مطلقًا علي الوجه المعتاد (أي : المتعارف عليه)، وهذا هو الصواب ؛ فإن بيعها لا يمكن إلاعلي هذا الوجه».

انظر : مجموع الفتاوي (٢٩/٢٨٩).

(١)- نشر العرف (٢ / ١٣٣، ١٣٤).

« فصل في تغير الفتوي ، واختلافها بحسب تغير الأزمنة، والأمكنة، والأحوال ، والنيات ، والعوائد » . قال : هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم علي الشريعة – أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف مالا سبيل إليه مايعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلي رتب المصالح – لاتاتي به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها علي الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلي الجور ، وعن الرحمة إلي ضدها، وعن المصلحة إلي المفسدة ، وعن الحكمة إلي العبث ، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتاويل (١) ... وقد ذكر – رحمه الله – جملة من المسائل تبين ذلك وتوضحه :كمسألة قضاء سيدنا عمر – رضي الله – بإيقاع طلاق الثلاث المجموعة ثلاثًا تبين به المرأة بينونة كبري فلاتحل له من بعد حتي تنكح زوجًا غيره، ثم أخذ الأئمة بذلك، ثم فتوي شيخ الإسلام ابن تيمية بأنه يقع طلقة واحدة .

وكمسألة جواز طواف الحائض طواف الإفاضة، ولا يكون عليها شيء .

ومن طرائف ما ذكر : قال سمعت شيخ الإسلام ابن تيمية – قدس الله روحه ونور ضريحه – يقول : مررت أنا وبعض أصحابي في زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر، فانكر عليهم من كان معي ، فانكرت عليه، وقلت له : إنما حرم الله الخمر لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء يصدهم الخمر عن قتل النفوس ، وسبي الذرية ، وأخذ الأموال، فدعهم (٢) .

---

(١)– إعلام الموقعين (٣/٣).

(٢)– إعلام الموقعين (٣/٥).

وذلك أن عرف هؤلاء قد استفيد منه : أنهم إذا أفاقوا ارتكبوا الآثام التي منها : قتل النفوس، وسبي الذرية، وأخذ الأموال ، فكان اعتبار هذا العرف دالاً علي أنه لاينكر عليهم إذا شربوا الخمر فسكروا ؛ إذ سكرهم – حينئذ– صدٌّ لهم عما ذكر من الجرائم التي يوقعونها بالمسلمين ، مع أن الإنكار علي شاربي الخمر قد جاء به الشرع ، ودل عليه .

والحاصل : أنه تغير الحكم الشرعي المتعلق بالإنكار اعتباراً للعرف، وذلك علي نحو ما ذكر .

ويقال بعد ذلك أنه قد لوحظ من جملة ما عرض له من أمثلة العرف وتغير الأحكام بسببه : أنه مبني في الغالب – علي مراعاة الحاجة والمصلحة، ودفع الحرج والمشقة ، والتيسير في التكاليف ؛ إذ إن تحكيم أعراف الناس فيه معني من معاني رعاية مصلحتهم (جلبًا للمنفعة،ودفعًا للمضرة)،ورفع الحرج عنهم بإجراء الأمور علي ما عليه مالوفهم وعادتهم .

وقد سبق أن ذكر ابن عابدين عن الفضلي أن في نزع الناس عن عاداتهم حرجًا ومشقة، ومثل ذلك سبب لوقوع الضرر، فيكون دفع الحرج بالعمل بالعرف دفعًا للضرر ومنعًا منه .

تلك هي حقيقة قاعدة العرف ، والعلاقة بينها وبين قطع الشريعة للضرر.

خاتمة هذا الفصل :

تبين لنا مما سبق عرضه في هذا الفصل عدد من النتائج، نجمل ذكرها فيما يلي :

– أن مراعاة الشريعة للمصلحة – دليل علي مراعاتها للضرر : قطعًا له ، ومنعًا منه ؛ إذ إن المصلحة – كما تقرر – لها جانبان ، أحدهما : جلب المنافع ، والثاني : قطع المضار ، فيكون قطع المضار متضمنًا في كلمة المصلحة ، ومندرجًا تحتها .

وأن التوسع في مراعاة المصالح بالعمل بالمصالح المرسلة ينبني عليه اتساع دائرة مراعاة الشريعة للضرر؛ إذ كثيراً ما يكون العمل بالمصالح المرسلة سبيلاً يتوصل به إلي قطع المضار من أسبابها البعيدة، حيث احتمالات وقوعها ، ومثل هذا تضييق لجهات وقوع الضرر، وغلق للأبواب المؤدية إليه .

– أن للشريعة الإسلامية طرقًا متميزة ، ووسائل خاصة لتأمين مجتمعها من الأضرار .

فمن تلك الطرق، وهذه الوسائل : قاعدة الاستحسان، فهي أداة الشريعة وآلتها لتلافي ما ينتج من إغراق الفقيه في القياس مما هو حرج ومشقة ، ومفسدة ومضرة .

وكذلك هي أداة الشريعة لتلافي ما ينتج من طرد الفقيه لمقتضي الدليل العام– في كل الجزئيات والوقائع الحادثة – مما هو حرج ومشقة، ومفسدة ومضرة.

ومن تلك الطرق، وهذه الوسائل – أيضًا – قاعدة سد الذرائع ، فهي قائمة – في أساسها – علي دفع مفسدة متوقعة (أي: دفع ضرر

متوقع) ، وذلك بتحريم الوسيلة المؤدية إليها ، والمتسببة فيها، والمنع من إحداثها قولاً كانت، أو عملاً .

وهذا دور وقائي تقوم به قاعدة سد الذرائع ؛ إذ تنظر إلي مآل تصرف الإنسان - وإن كان التصرف في ذاته ماذونا فيه - بحيث إذا قام الظن بترتب المفسدة عليه (يعني : المضرة) ، فإنه يمنع منه ابتداء؛ توقيًا من وقوع الضرر.

ومثل ذلك قطع للضرر من أسبابه البعيدة حيث قام الظن باحتمال وقوعه .

بل إنه ليصح القول بان قاعدة الذرائع (الوسائل) بوجه عام : ما يسد ويمنع ، وما يجوز ويفتح - تعمل في نطاق قطع الشريعة للضرر ؛ لأن الشريعة تمنع وتسد الذرائع - وإن كانت في ذاتها ماذونا فيها - ما دامت تؤول إلي المضار والمفاسد ، وتجيز الذرائع- وإن كانت في ذاتها محرمة - ما دامت تؤول إلي منع مضرة اشد : كما في دفع المال للكفار فداء للأسري .

كذلك فإنه ينبني علي قاعدة سد الذرائع منع الحيل التي يتوصل بها المحتال إلي حصول غرضه من غير التفات إلي ما يترتب علي ذلك من المضار ، فيكون المنع من مثل هذا قطعًا للضرر ، ومنعًا من وقوعه .

ويقال - هنا - إن نظر الشريعة للحيل : إجازة لبعضها ، ومنعًا للبعض الآخر - مقصود به مراعاة الضرر : قطعًا له ، ومنعًا من وقوعه ، إما جملة ، وإما بالتقليل منه، كما في التزام أخف الضررين لدفع أشدهما .

ومفاد ذلك : أن قاعدة الحيل تعمل - سواء أكان ذلك بالمنع ، أم بالإذن - في نطاق تاكيد وتحقيق ما جاءت به الشريعة من قطع الضرر .

طريق ثالث ، وهو اعتبار العرف؛ إذ إن ذلك مبناه – في الغالب – علي مراعاة الحاجة والمصلحة ، ودفع الحرج والمشقة ، والتيسير في التكاليف .

ومثل هذا يقال عنه: إنه قطع للضرر ومنع منه .

وهكذا يظهر أن أدلة التشريع وقواعده الأصولية تتآزر فيما بينها لتحقيق ما جاءت به الشريعة من مراعاة الضرر: بالمنع منه ابتداء بكل طرق الوقاية، والحكم برفعه بعد الوقوع وإزالة الآثار المترتبة عليه ، جبراً للمضرور، ومؤاخذة لمحدث الضرر .

ومن هنا فإنه يكون معني مراعاة الشريعة للضرر أوسع بكثير مما قد يتبادر إلي الفهم ، وذلك إلي الحد الذي تكون معه أدلة التشريع وقواعده الكلية عاملة في نطاق تأكيده وتحقيقه، حتي إنه ليصح القول بأن هذا المعني جانب أصيل – ما في ذلك من شك – من جانبي مقصود الشريعة الأعظم – الذي ترجع إليه تلك الأدلة، والقواعد – المعبر عنه بتحصيل المصالح وتكميلها .

وينتقل البحث بعد ذلك إلي فصل جديد يدرس فيه العلاقة بين الضرر وبعض المبادئ والقواعد الفقهية .

الفصل الرابع

العلاقة بين الضرر وبعض المبادىء والقواعد الفقهية

ويتضمن سبعة مباحث :

المبحث الأول : العلاقة بين الضرر ومبدأ فسخ العقد للعذر .

المبحث الثانى : العلاقة بين الضرر ومبدأ وضع الجوائح .

المبحث الثالث : العلاقة بين الضرر ومبدأ حرية الشروط فى العقود .

المبحث الرابع : العلاقة بين الضرر ومبدأ الباعث غير المشروع .

المبحث الخامس : العلاقة بين الضرر ومبدأ منع التعسف في استعمال الحق .

المبحث السادس : العلاقة بين الضرر وقاعدة «المشقة تجلب التيسير»

المبحث السابع : العلاقة بين الضرر وقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» .

مقدمة :

سبق أن بين البحث هذه الحقيقة : أن استقراء الشريعة الإسلامية في مواردها ومصادرها يدل دلالة قاطعة علي أنها وضعت – في كل جزئية من جزئياتها – لتحصيل منافع العباد وتكميلها ، ولتعطيل المضار وتقليلها ، وهذا هو ما عبر عنه الأصوليون والفقهاء بقولهم : إن الشريعة مبنية علي جلب المصلحة ودرء المفسدة (المضرة) .

ومن هنا فإننا ندرك أن ما بني عليه الفقه الإسلامي من المبادئ والقواعد يرجع في جملته – كما قال تاج الدين السبكي وغيره –بحق – إلي هذا الأصل الجامع « لا ضرر ولا ضرار » .

وحيث قد تقرر أن الأساس الذي بنيت عليه مبادئ الفقه وقواعده هو هذا الأصل « لا ضرر ولا ضرار » – فإنه تظهر هذه الصلة الوثيقة والعلاقة الأكيدة بين الضرر وكل مبدأ فقهي أو كل قاعدة فقهية ؛ ذلك أن هذه المبادئ والقواعد الفقهية تعمل في هذا النطاق : نطاق تعطيل المضار وتقليها .

ولما كان البحث يطول بإفراد القول بخصوص العلاقة بين الضرروكل قاعدة ومبدأ فقهي ، فقد آثر سلوك هذه الطريق : أن يتخير أبرز المبادئ والقواعد الفقهية التي لوحظ وضوح هذا الأمر فيها : أنها تعمل في نطاق تعطيل المضار وتقليلها ، فيتحدث عنها ، وهو بهذا يؤكد بصورة تطبيقية من خلال التمثيل بهذه المبادئ والقواعد الفقهية علي صواب وجهته التي حاصلها ما ذكر من أن ما بني عليه الفقه الإسلامي من المبادئ والقواعد يرجع في جملته إلي هذا الأصل « لا ضرر ولا ضرار » .

وهذه هي المبادئ والقواعد التي اختارها البحث – وذلك علي أساس ما ذكر – : مبدأ فسخ العقد للعذر ، ومبدأ وضع الجوائح في الثمار، ومبدأ حرية الشروط في العقود ، ومبدأ الباعث غير المشروع ، ومبدأ منع التعسف في استعمال الحق، وقاعدة «المشقة تجلب التيسر» ، وقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» .

والبحث يعرض فيما يلي لهذه المبادئ والقواعد الفقهية المختارة مع بيان ما بينها وبين الضرر من الصلة والعلاقة .

المبحث الأول

العلاقة بين الضرر ومبدأ فسخ العقد للعذر

قد تطرأ علي العقود اللازمة حوادث تستوجب سلب صفة اللزوم ، وتقتضي منح العاقد الحق في فسخها ، فيكون من العقود ما الأصل فيه اللزوم ، علي أن في طبيعته شيئا من عدم اللزوم في ظروف محددة .

وجملة ما هو كذلك من العقود اثنان ، هما :

الأول : الإجارة

فإن الأصل فيها اللزوم في حق العاقدين ، غير أن الفقهاء - وبخاصة الحنفية - قرروا جواز العدول عن اللزوم عن طريق الفسخ للأعذار الطارئة؛ إذ إن لزوم مثل هذه الإجارة يترتب عليه قدر كبير من إهدار المال، والإضرار غير المعقول .

الثاني : المزارعة

فيجوز- عند الحنفية - فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعذار ؛ إذ إن تنفيذ المزارعة - حينئذ - لايمكن إلا بضرر يلحق ، وتحمل الضرر لايلزم ، فتفسخ المزارعة إن امكن الفسخ، وذلك علي نحو ما سنري.

وعلي هذا فإنه يكون العذر أمراً غير متوقع وقت العقد، يجعل تنفيذه مرهقًا ، بأن يتحمل العاقد - عند الإلزام بالتنفيذ - ضرراً لم يلتزمه بالعقد .

وهكذا نضع أيدينا علي حقيقة العلاقة بين الضرر وهذا المبدأ : مبدأ فسخ العقد للعذر ، وهي : أن تقرير مبدأ العذر واعتباره ينبني عليه فسخ

العقد الذي يكون لزومه- مع طروء العذر المانع- مرهقًا للعاقد وإضراراً غير معقول به ، فيكون العاقد قد حمي من كل ذلك ومن ثم فلا يقع عليه ضرر.

ويصح- حينئذ - القول بأن مبدأ فسخ العقد للعذر يعمل في نطاق تحقيق وتأكيد رفع الشريعة للضرر عن طريق حل الالتزام الذي يتسبب في إيجاده ويؤدي إلي حدوثه، وذلك كوسيلة - ضمن الوسائل - التي يتوسل بها إلي حصول هذا المقصد الشرعي ، مقصد قطع المضار : رفعًا لها ، وإزالة لأسبابها .

ومن هنا فإنه تبرز أهمية تفصيل وجهات مذاهب الفقه بهذا الخصوص مع بيان التطبيقات العملية لهذا المبدأ حتي يتأكد صواب ما ذكر من العلاقة بينه وبين قطع الشريعة للضرر.

ونعرض لذلك وفق ما يلي :

أولاً : المذهب الحنفي

توسع المذهب الحنفي كثيراً في الأعذار التي يفسخ بها عقد الإجارة ذلك أن الأساس الذي يقوم عليه العذر في هذا الفقه هو أن لا يتحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بعقد الإجارة ، فحيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه - أي لم يكن في حسابه وقت الإجارة- فإنه لا يجبر علي إمضاء العقد، ويكون له فسخ الإجارة للعذر (١) .

---

(١)- وقريب من هذا مذهب ابن حزم الظاهري حيث يري أنه إن اضطر المستأجر إلي الرحيل عن البلد، أو اضطر المؤاجر إلي ذلك، فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضرر علي أحدهما : كمرض مانع، أو خوف مانع، أو غير ذلك ؛ لقوله - تعالي - : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ . قال ابن حزم: وهو قول أبي حنيفة، والشعبي ، وقتادة، فعن قتادة فيمن اكتري دابة إلي أرض معلومة فأبي أن يخرج - : أنه إذا حدث نازلة يعذر بها لم يلزمه الكراء .

انظر : المحلي (١٨٧/٨) ، مسألة رقم (١٢٩٢).

قال في البدائع : «إن الإجارة تفسخ بالأعذار – عندنا – خلافًا له (يعني : الشافعي) ، وجه قوله : إن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لازمًا كالنوع الآخر ، وهو : بيع الأعيان ،والجامع بينهما : أن العقد انعقد باتفاقهما ، فلا ينفسخ إلا باتفاقهما .

ولنا (أي : للحنفية) : أن الحاجة تدعو إلي الفسخ عند العذر ؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما يذكر في تفصيل الأعذار الموجبة للفسخ ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعًا من التزام الضرر، وله ولاية ذلك .

وقد خرج الجواب عن قوله إن هذا بيع ؛ لأنا نقول : نعم : ، لكنه عجز عن المضي في موجبه إلا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد، فكان محتملاً للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين إذا اطلع المشتري علي عيب بالمبيع ، وكما لو حدث عيب بالمستاجر، وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ إلا باتفاقهما : إن هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضي علي موجب العقد إلا بضرر غير مستحق بالعقد، وقد عجز – ههنا – فلا يشترط التراضي علي الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر، ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع ؛ لأنه يقتضي أن من اشتكي ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعها ، فسكن الوجع يجبر علي القلع ..، وهذا قبيح عقلا وشرعًا» (١) .

فتفسخ الإجارة – عند الحنفية – لعذر يقوم في جانب المستأجِر، أو لعذر يقوم في جانب المؤاجر ، أو لعذر يقوم بالنسبة للعين المؤجرة

---

(١)– بدائع الصنائع (١٩٧/٤) ، وانظر: تبيين الحقائق (١٤٥/٥، ١٤٦) ، وحاشية رد المحتار (٨١/٦) ونقل ابن عابدين عن حاشية البيري علي الأشباه لابن نجيم : أن كل عذر لايمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه ، أو ماله يثبت له حق الفسخ .

أي : المستأجِرَ.

– فأما الذي في جانب المستأجر فنحو أن يستأجر رجل من رجل حانوتًا (دكانًا) فيفلس، فيقوم من السوق ، أو يريد سفرًا ، أو ينتقل من الحرفة إلي الزراعة، أو من الزراعة إلي التجارة، أو ينتقل من حرفة إلي حرفة «لأن المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة إضرار به ضررًا لم يلتزمه بالعقد، فلا يجبر علي عمله، وإذا عزم علي السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به، وفي إبقاء العقد مع خروجه إلي السفر ضرر به –أيضًا– لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة، والانتقال من عمل لا يكون إلا للإعراض عن الأول ورغبته عنه ، فإن منعناه عن الانتقال أضررنا به ، وإن أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به» (١) .

وهذا بخلاف ما لو أراد أن ينتقل من حانوت إلي حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني ، لكون الثاني أرخص وأوسع عليه ، فإن ذلك لا يكون عذرًا عند الحنفية – لأنه يمكن استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر ، وإنما بطلت زيادة المنفعة ، وقد رضي بالقدر الموجود منها في الأول .

وعلي هذا لو استأجر رجلا لما لا يصل إلي الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه : بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا ، أو ليقطعها ، أو ليخيطها ، أو ليهدم دارًا ، أو ليقطع شجرًا ...، أو استأجر رجلا لما لا يصل إلي الانتفاع به من غير ضرر يدخل في بدنه : بأن استأجر رجلا ليقلع

---

(١)– البدائع (٤/١٩٧) . وهذا ما قرره الفقه الزيدي، فعندهم : تنفسخ الإجارة بالعذر الزائل معه الغرض بعقدها : كمرض من يريد السفر ، وبرء السن الذي يريد قلعه، أو الانتقال إلي حرفة لا تصلح في حانوت قد استأجره .
انظر : البحر الزخار (٥/٥٩)، والسيل الجرار (٣/٢١١).

ضرسه، أو ليحجم ، أو ليفصد ، أو استأجر رجلا ليحدث في ملكه شيئًا من بناء، أو تجارة، أو حفر ، ثم بدا له أن لا يفعل ، فله الفسخ ، ولا يجبر علي شيء من ذلك .

وتعليل ذلك من وجهة الفقه الحنفي «لأن القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع ، وفيه ضرر ، وهدم الدار وقطع الشجر إتلاف المال . . . .، وفي البناء إتلاف الآلة، وقلع الضرس، والحجامة، والفصد إتلاف جزء من البدن ، وفيه ضرر به، إلا أنه استأجره لمصلحة - تأملها - تربو علي المضرة، فإذا بدا له علم أن لا مصلحة فيه بقي الفعل ضرراً في نفسه، فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ إذ الإنسان لا يجبر علي الإضرار بنفسه » (١) .

وكذلك لو استأجر جملاً إلي مكة ثم بدا له أن لا يخرج فله ذلك ، ولا يجبر علي السفر؛ «لأنه لما بدا له علم أن السفر ضرر ، فلا يجبر علي تحمل الضرر، وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا » (٢) .

ولو استأجر رجلاً ليحفر بئرًا فحفر بعضها فوجدها صلبة، أوخرج حجرًا ، أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرًا ؛ لأنه يعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه .

وعن أبي يوسف في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبي الجمال أن يقيم، قال هذا عذر؛ لأنه لايمكنها الخروج من غير طواف، ولا

---

(١) - البدائع (٤/١٩٨).
(٢)- البدائع (٤ / ١٩٨) .

سبيل إلي إلزام الجمال للإقامة مدة النفاس ؛ لأنه يتضرر به ؛ إذ هي مدةٌ ما جرت العادة بإقامة القافلة قدرها ، فيجعل عذرا في فسخ الإجارة [(١)] .

وهكذا يظهر أن مبدأ فسخ الإجارة بالعذر يعمل في نطاق تحقيق رفع المضار، فالوقائع التي أفتي فيها الفقه الحنفي بمتقضي هذا المبدأ – كما تقدم – كان مقصده الذي يرمي إليه – من وراء ذلك – هو : أن لا يلزم العاقد بتحمل ضرر لم يلتزمه بالعقد ؛ لأن الضرر لا يستحق بالعقد .

– وأما العذر الذي في جانب المؤاجر فنحو أن يلحقه دين فادح لايجد قضاءه إلا من ثمن المستأجر من الإبل ، والعقار ،ونحو ذلك، علي أن ثبوت مثل هذا الدين مماجري بشأنه الخلاف في المذهب .

والحاصل : أنه إذا ثبت هذا الدين كان عذراً لفسخ الإجارة[(٢)] ، ووجه ذلك « أن بيع المؤاجر لا ينفذ من غير إجازة المستأجر . . ، وإذا لم يجز البيع مع عقد الإجارة، جعل الدين عذراً في فسخ الإجارة ؛ لأن إبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضرار بالمؤاجر؛ لأنه يحبس به ، ولا يجوز الجبر علي تحمل ضرر غير مستحق بالعقد » [(٣)] .

وكذلك لو اشتري شيئا فأجره ثم اطلع علي عيب به، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب علي بائعه، وإن رضي المستأجر بالعيب، ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة، لأنه لا يقدر علي استيفائها إلا بضرر، وهو التزام المبيع المعيب .

---

(١)– انظر : السابق .

(٢)– انظر : بدائع الصنائع (١٩٨/٤) ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين (٨١/٦) ، والفتاوي الهندية (٤٥٩/٤).

(٣)– البدائع (١٩٨/٤).

ولو أجر صانع من الصناع، أو عامل من العمال- نفسه لعمل، أو صناعة ثم قال بدا لي أن أترك هذا العمل، وأنتقل منه إلي غيره . قال محمد :«إن كان ذلك من عمله بأن كان حجامًا فقال: قد أنفت من عملي ، وأريد تركه، لم يكن له ذلك ، ويقال : أوف العمل ثم انتقل إلي ما شئت ..؛ لأن العقد قد لزمه، ولا عار عليه فيه، لأنه من أهل تلك الحرفة...، وإن كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعته بل أسلم نفسه فيها ، وذلك مما يعاب به ، أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئراً ، وهي ممن تعاب بذلك ، فلأهلها أن يخرجوها ، وكذلك إن أبت هي أن ترضعه لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها يلحقه العار، فإذا أراد الترك فهو لا يقدرعلي إيفاء المنافع إلابضرر، وكذلك الظئر إذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلأهلها الفسخ، لأنهم يعيرون بذلك، وفي المثل : تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها» [1] .

ومثل هذا ينتهي بنا إلي تأكيد ما ذكر - قبلا - من أن مبدأ فسخ الإجارة بالعذر يتوسل به إلي رفع المضار- كما هو الظاهر- ، فالوقائع المذكورة قد افتي فيها الفقه الحنفي بفسخ الإجارة عملاً بمقتضي اعتبار العذر ؛ قطعا للضرر ، ودرءاً للمفسدة.

فيكون فسخ الإجارة بالعذر الذي يقوم في جانب المؤاجر موضوعًا لتحصيل ما تقرر بالشريعة من قطع الضررة وذلك بحل ما يتسبب فيه من الالتزام .

---

(١)-البدائع(١٩٩/٤).

وأما العذر بالنسبة إلي العين المؤجرة (أي : المستأجر) فنحو أن يؤجر رجل عبده سنة ثم يعتقه بعد ستة أشهر ، فيكون المستأجر بالخيار إن شاء مضي علي الإجارة، وإن شاء فسخ.

ومن ذلك أيضًا بلوغ الصبي المستأجر آجره أبوه، أو وصي أبيه، أو جده، أو وصي جده، أو القاضي، أو أمينه ، فبلغ في المدة فهو عذر إن شاء أمضي الإجارة، وإن شاء فسخ ؛ لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضررًا بالصبي لما بينا فيما تقدم ، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه فكان عذرًا (١) .

ولو استأجر ظئرًا ، ثم لم يأخذ الصبي من لبنها ، أو مرضت أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت، كان هذا عذرًا في فسخ الإجارة، وكذلك أن يظهر أنها سارقة ؛ أو فاجرة فجورًا بينًا، فكل ذلك يكون عذرًا يثبت به حق الفسخ.

وإذا غلا أجر المثل في الوقف فسخت الإجارة نظرًا للوقف، وجدد العقد في المستقبل علي أجرة معلومة، وفيما مضي وجب المسمي بقدره، وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدار فأما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتًا علي المستأجر الأول، فلا يعتبر ذلك (٢) .

وإنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ، فأما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد ؛ لأن في القلع ضررًا بالمستأجر، فلا تفسخ، بل تترك إلي أن يستحصد الزرع بأجر المثل (٣) .

---

(١)- السابق (٤/٢٠٠).

(٢) ، (٣)- المصدر السابق .

فهذه بعض من الوقائع عرضت للفقه الحنفي أفتي فيها بفسخ الإجارة مراعاة للعذر الذي وجد في جانب المستأجر قطعًا للضرر ودرءًا للمفسدة، وهو ما يؤكد أن مبدأ الفسخ للعذر يتوسل به إلي رفع الضرر عن طريق حل الالتزم الذي يتسبب فيه.

وكل ما تقدم كان بخصوص فسخ الإجارة للعذر، ونعرض الآن لفسخ المزارعة بعد لزومها للعذر ، سواء من قبل صاحب الأرض ، أو من قبل العامل.

فسخ المزارعة للعذر :

تفيد مطالعة كتب الفقه الحنفي أنه يجوز فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعذار، رجع هذا العذر إلي صاحب الأرض ، أو إلي المزارع.

جاء في البدائع: « وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع إلي صاحب الأرض ، وبعضها يرجع إلي المزارع » (١) .

- فأما الذي يرجع إلي صاحب الأرض فهو لحوق دين فادح به، بحيث يحتاج إلي بيع الأرض التي تم الاتفاق علي مزارعتها ؛ إذ لا مال له سواها - مثلاً - أو أن ماله لا يفي بسداد الدين إلا إذا انضم إليه ثمن بيع أرض المزارعة، ونحو ذلك، فيجوز بيعها بسبب هذا الدين الفادح.

ويفسخ العقد بهذا العذر كما في عقد الإجارة؛ لأنه لم يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر . قال في التبيين: «وإذا كان علي رب الأرض دين فادح ولم يقدر علي قضائه إلا ببيع الأرض فسخت المزارعة»(٢) ، و قال في البدائع: «تباع (أي : الأرض) في الدين،

---

(١)- البدائع (١٨٣/٦).

(٢)- تبيين الحقائق للزيلعي (٢٨٢/٥).

ويفسخ العقد (أي : عقد الإجارة) بهذا العذر» [١] .

هذا إن أن مكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة، أو بعدها إذا أدرك الزرع، وبلغ مبلغ الحصاد، فيبيع القاضي الأرض أولاً ، ثم يفسخ المزارعة ، ولا تنفسخ بنفس العذر.

فإن لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع لم يدرك ، ولم يبلغ مبلغ الحصاد، لاتباع في الدين، ولا يفسخ العقد إلي أن يدرك الزرع ؛ وذلك «لأن في البيع إبطال حق العامل، وفي الانتظار إلي وقت الإدراك تأخير حق صاحب الدين ، وفيه رعاية حق الجانبين ، فكان أولي» [٢] .

- وأما الذي يرجع إلي المزارع فنحو المرض؛ لأنه معجز عن العمل، والسفر ؛ لأنه يحتاج إليه، وترك حرفة إلي حرفة ؛ لأن من الحرف ما لا يغني من جوع فيحتاج إلي الانتقال إلي غيره ، وكنحو مانع يمنعه من العمل علي ما عرف في فسخ الإجارة بالعذر [٣] .

وحاصل النظر في مجموع هذا الذي ذكر أن المذهب الحنفي يعمل مبدأ الفسخ بالعذر في المزارعة ليتوسل به إلي رفع المضار الواقعة علي رب الأرض ، أو علي العامل بسبب الإلزام بتنفيذ العقد مع طروء العذر المانع.

ثانيًا : المذهب المالكي

يقرر المذهب المالكي مبدأ فسخ الإجارة بالعذر، علي أن هذا الإقرار دون ما تقدم من توسع الحنفية السابق عرضه .

---

(١)- البدائع (٦/ ١٨٣).
(٢)- المصدر السابق (٦/ ١٨٣، ١٨٤).
(٣)- البدائع (٦/ ١٨٣، ١٨٤).

ففي المذهب تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعًا . جاء في المواق ، والحطاب : أنه « تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعًا : كسكون ألم السن المستأجر علي قلعها ، والعفو عن القصاص المستأجر علي استيفائه »[١] ؛ ذلك أن الإلزام بإمضاء العقد - حينئذ - يضر بالعاقد ؛ إذ المقصود من عقد الإجارة إنما هو استيفاء المنفعة ، فإذا لم يمكن ذلك لطروء عذر فإنه يكون الإلزام بالإمضاء تحميل ضرر للعاقد، والضرر لا يستحق بالعقد، فيفسخ .

وتذكر كتب الفقه المالكي تطبيقات للعمل بهذا المبدأ من غير أن ينص عليه صراحة إلا نادراً ، لكن هذا لا يؤثر ؛ إذ ليس لذلك كبير فائدة ما دام أن التطبيق العملي يقرره - بنحو أو آخر - فيما يعرض له من الوقائع عند تقديمه الحلول بخصوصها ، والإفتاء فيها .

ففي المدونة : « قلت : هل يجوز لي أن استأجر رحا الماء في قول مالك ؟ قال : سأل مالكًا عن هذا أهلُ الأندلس ، فقال : لا بأس بذلك . . .

قلت : وإن انقطع الماء عنها أيكون هذا عذراً تنفسخ به الإجارة ؟ قال : لم أسمع من مالك في انقطاع الماء شيئا، وأراه عذراً . . » [٢] .

فها هنا قد نص علي أن هذا عذر تنفسخ به الإجارة، ويرجع النظر فسخها بهذا العذر(عذر انقطاع الماء) إلي قصد رفع الضرر عن المستأجر إذ هو استأجر الرحا لاستيفاء منفعة الطحن ، وهذه المنفعة لا توجد إلا بتتابع المياه بالقدر اللازم لعمل الرحا ، فيكون انقطاع المياه معطلا للرحا ، فتفوت

---

(١)- شرح الحطاب(٥/٤٣٢) ، وشرح المواق بهامش الحطاب (٥/٤٣٢).
(٢)- المدونة مع مقدمات ابن رشد (٣/٣٩٣).

منفعة الطحن ، ومن ثم فإن الإلزام بإمضاء العقد - حينئذ - يلحق بالمستأجر ضرراً ، ومثل هذا التزام بالضرر ، والضرر لا يستحق بالعقد، فيجوز فسخ الإجارة.

وفي المدونة - أيضًا - : «قلت أرأيت إن استأجرت عبداً فأبق ، أتنفسخ الإجارة في قول مالك؟ قال : نعم»[1] . فهذا عذر تنفسخ به الإجارة- كما هو المفهوم - وإن لم يصرح بكونه عذراً.

ولو استأجر ظئراً لإرضاع صغيره فحملت ، وخاف علي الصغير من هذا الرضاع فهل له أن يفسخ الإجارة؟ . قال في المدونة : «نعم، قلت : تحفظه عن مالك؟ قال : لا ، ولكنه رأيي» [2] .

ولو آجرت امرأة نفسها لإرضاع صغير قوم ، وليس مثلها يرضع ؛ لشرفها وغناها، فهل يكون لها أن تفسخ الإجارة ؟ قال مالك : «ليس لها أن تفسخ هذه الإجارة، لأن الإجارة قد لزمتها» [3] . وهذا بخلاف ما مر عند الحنفية ؛ إذ أجازوا لمن هذه حالها - فسخ الإجارة .

وقال في المدونة : « أرأيت لو أن يتيما في حجري آجرته ثلاث سنين ، وأنا أظنه لا يحتلم إلي ثلاث سنين، فاحتلم سنة ، أو سنتين ، فأراد أن ينقض الإجارة حين احتلم ، أيكون ذلك له ، أم لا ؟ قال : لا أري أن تلزمه الإجارة بعد احتلامه إلا أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيام ، والشهر ، وما أشبهه ...» [4] .

---

(١) المدونة (٣/٤٠٦،٤٠٧).

(٢)- السابق (٣/٤١٠).

(٣)- المدونة (٣/٤١١) .

(٤)-السابق(٣/٤١٨).

فهذه تطبيقات عملية في الفقه المالكي تمثل وقائع عرضت له فأفتي فيها بمقتضي مبدأ فسخ الإجارة للعذر ؛ لتعذر استيفاء المنفعة المقصودة شرعًا رفعًا للضرر عن طريق حل الالتزام المتسبب فيه ، والمؤدي إليه.

وفي الحطاب : « سئل ابن أبي زيد : إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء في بعض اليوم ؟ فقال : فله بحسب ما مضي، ويفسخ في بقية اليوم ، ومثله لسحنون، ولغيره : يكون له جميع الأجر؛ لأن المنع لم يأت من قبله . . .، وقال ابن عرفة: قال سحنون في وثائقه : إن منع أجير البناء، أو الحصد ، أو عمل - مطر، لم يكن له بحساب ما عمل من النهار، وأجيره له كل الأجر؛ لأن المنع لم يكن منه، قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس؛ لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر، ونزول الخوف »(١) .

ومعني هذا : أنه اختلف في المذهب بخصوص هذه الواقعة وأشباهها: هل يكون المطر عذراً لمنعه من استيفاء المنفعة المقصودة بالإجارة؟ فمن قائل بأنه عذر ، فيجوز الفسخ، ولا يثبت للمستأجر من الأجرة إلا بحساب ما مضي، ومن قائل بأنه ليس عذرا، فلا يجوز الفسخ، وتثبت الأجرة عن كل اليوم ؛ لأن المنع من استيفاء المنفعة لم يكن منه ، علي أنه إذا تقرر بالعرف: أن مثل ذلك يكون عذراً - كما في تونس - فلا يجري هذا الخلاف، فيجوز الفسخ قولاً واحداً.

وهكذا فإنه يخلص البحث إلي أن المذهب المالكي يعتمد فقهاؤه علي مستوي التطبيق العملي مبدأ فسخ الإجارة للعذر، لكن في حدود أضيق من المذهب الحنفي ؛ وذلك رفعًا للضرر، وإزالة لأسبابه.

---

(١)- الحطاب (٥/٤٣٢، ٤٣٣).

ثالثًا: المذهب الشافعي

الذي يلاحظ علي الفقه الشافعي بخصوص هذا المبدأ : مبدأ فسخ عقد الإجارة بالعذر - أنه يقف منه موقفًا أقرب ما يكون إلي الرفض، فمثلاً لو اكتري ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض، أو ذهاب المال لم يجز له الفسخ .

وكذلك لو اكتري حمامًا فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الفسخ، ووجه ذلك - عند الشافعية- «لأن المعقود عليه باق ، وإنما تعذر الانتفاع لمعني في غيره- فلم يجز له الرد(أي : الفسخ) [١] ».

علي أن النظر إلي ما قدمه هذا الفقه من حلول وإجابات بخصوص عدد من الوقائع والحادثات - يفيد : أن فقهاء الشافعية قرروا مبدأ فسخ الإجارة بالعذر؛ درءاً للمفسدة ، ورفعًا للضرر ، وذلك في موضعين :

الموضع الأول : أن يوجب العذر خللا في المعقود عليه، أو يكون عيبًا فيه تنقص به المنفعة .

جاء في المهذب : أنه «إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبًا جاز له أن يرد(أي : يفسخ) ..، وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب؛ لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب ..، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب..، و العيب الذي يرد به ماتنقص به المنفعة : كتعثر الظهر في المشي ،والعرج الذي يتاخر به عن القافلة ، وضعف البصر، والجذام في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار، وانقطاع الماء في البئر ، والعين، والتغير الذي يمتنع به الشرب، أو

---

(١)- المهذب(١/٥٣٠).

الوضوء، أو غير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة » [١] .

وجاء في نهاية المحتاج أن « تعطل الرحا بانقطاع مائها، والحمام بنحو خلل أبنيتها ، أونقص ماء بئر فيها يفسخها .... » [٢] ؛ إذ إن إمضاء مثل هذه العقود ، والقول بلزومها يقضي بفوات كل ، أو بعض المنفعة المعقود عليها بالإجارة ، فيكون في ذلك حرج ومشقة ، وإلحاق ضرر بالمستأجر بإلزامه مالم يلتزمه مما هو - في حقيقة أمره- انتقاص لحقه [٣] .

وبناء عليه فإنه يكون في إلزام المستأجر بإمضاء مثل هذا العقد معني استحقاق الضرربالعقد، ولما كان الضرر لا يستحق بالعقد، وأنه لا يلزم الإنسان مالم يلتزمه منه، وأن قاعدة الشريعة « الضرر يزال »- فإنه يفسخ العقد ؛ رفعًا للضرر، ودرءًا للمفسدة .

هذا ما يمكن أن يقال بخصوص وجهة الشافعية في هذا الموضع- كما هو مقتضي النظر علي أنهم لم يصرحوا بالفسخ بالعذر، وقد سبق القول بأن عدم التصريح لايؤثر ، مادام الواقع العملي، والتطبيق الفعلي

---

(١)- المهذب (١/٥٢٩، ٥٣٠).

ومذهب الشيعة الإمامية قريب من هذا ، فالمذهب أنه إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبًا تنقص به المنفعة، كان له الفسخ لكن يخالف الإمامية في أنه إذا رضي المستأجر فعليه الأجرة من غير نقصان، ولو كان العيب مما تفوت به بعض المنفعة .

انظر : شرائع الإسلام (٢/١٨٧).

(٢)- نهاية المحتاج(٥/٣٢١) . وفي المذهب خلاف بهذا الخصوص ، جاء في حاشية الشبراملسي : والمعتمد فيه - أي : فيما ذكر أعلي - التخيير علي ما يأتي من أن نقصان المنفعة يثبت الخيار فقط، فإن حمل - ما هنا - علي ما لو تعطلت المنفعة مطلقا كان المعتمد الانفساخ

(٣)- ويؤكد من ذلك ما جاء في «المهذب» ففيه : « وإن اكتري دارًا فتشعثت فبادر المكري إلي إصلاحها لم يكن للمستأجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر، فإن لم يبادر ثبت له الفسخ ؛ لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة».

انظر المهذب (١/٥٣٠).

يقرر ذلك، ويثبته ، ومن ثم فإن تسمية ما تقدم بانه عيب حادث يوجب الفسخ كما نص عليه في «المهذب» لا يؤثر .

الموضع الثاني : أن يتعذر استيفاء المنفعة تعذراً شرعيًا : كأن يستأجر رجــلاً لقلـع سن مــؤلم ، ثم يسكن الوجع ، ويزول الألـم – فيــجب الانفساخ. قال في «المهذب» :

« وإن استأجر رجلاً ليقلع له ضرسًا فسكن الوجع، أو ليكحل عينه فبرئت ..، انفسخ العقد ..؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فانفسخ كما لو تعذر بالموت .....» (١) .

وجاء في نهاية المحتاج : « نعم التعذر الشرعي يوجب الانفساخ : كأن استأجره لقلع سن مؤلم، فزال ألمه،وإمكان عوده لا أثر له ؛ لأنه خلاف الأصل.

وكذا الحسي (أي : التعذر الحسي لاستيفاء المعقود عليه) إن تعلق بمصلحة عامة : كأن استأجر الإمام ذميًا لجهاد، فصالح قبل المسير» (٢) .

فهذا ظاهر في أن مبدأ فسخ الإجارة للعذر يتوسل به إلي حل عقد التزامه يؤدي إلي لحوق الضرر؛ إذ إن المعقود عليه – بعد طروء العذر – صار متعذر الاستيفاء شرعًا ، أو حسًا فلم يعد للزوم العقد معني ، فيكون الجبر علي إمضاء عقد– حاله كذلك – إضرارا غير معقول .

وهكذا يظهر أن إعمال مبدأ الفسخ للعذر – في هذا الموضع – كان وسيلة – ضمن وسائل الشريعة – يتوسل بها إلي رفع الضرر عن طريق فسخ ما التزامه يتسبب في وقوعه (أي : في وقوع الضرر) .

---

(١)– المصدر السابق (٥٣١/١) ، وفي المذهب بخصوص هذه الإجارة وشبهها قول آخر : أنها لا تنفسخ .

(٢)– نهاية المحتاج (٣١٦/٥).

وتأسيسًا علي ذلك فإنه يتأكد صواب ما تقرر من أن مبدأ الفسخ للعذر يعمل في نطاق مراعاة الشريعة للضرر : رفعًا له ، وقطعا منه .

رابعًا : المذهب الحنبلي

يفيد النظر في كتب الفقه الحنبلي أن مبدأ فسخ الإجارة للعذر قرره فقهاء الحنابلة في بعض الوقائع، علي أن شرط ذلك – عندهم – أن يوجب العذر خللاً أو عيبًا في المعقود عليه تنقص به المنفعة ، أو يتعذر معه استيفاؤها تعذراً شرعيًا ، أو حسيًا .

ومعني هذا : أن العذر الذي يعتد به لجواز الفسخ هو ما كان متصلاً بالمعقود عليه ، لا بأحد العاقدين . قال ابن قدامة في مغنيه : «إن الإجارة عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر، فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه» [1] . فها هنا قد صرح ابن قدامة بأنه لا يجوز الفسخ لعذر في غير المعقود عليه ، ومعني هذا : أنه لو كان العذر متصلاً بالمعقود عليه جاز الفسخ ، وذلك علي وفق ما سنري .

ويزيد المذهب الحنبلي علي هذا ، فيعتد بالعذر إذا كان حادثًا عامًا يشمل جميع الناس ، لا أنه خاصٌ بالعاقدِوَحْدَهُ : بأن يحدث خوف عام يمنع من سكني ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلي الأرض المستأجرة للزرع، ونحو ذلك . فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ « لأنه أمر غالب – أي : عام – يمنع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار . . .» [2] .

---

(١)- المغني (٦/٢٠).
(٢)- المصدر السابق (٦/٢٩).

وحينئذ فإنه يكون الإلزام بإمضاء العقد إضراراً فاحشا بالمستأجر ، فيثبت له خيار الفسخ .

وكذلك لو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلي مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكتري إلي مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق ، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة [1] ؛ وذلك رفعًا للضرر الواقع من لزوم العقد .

وهذا بخلاف ما إذا كان الخوف خاصًا بالمستأجر، فلايثبت به خيار الفسخ .

نص علي ذلك في المغني [2] .

ونعرض – هنا – لبعض تطبيقات الفسخ للعذر الموجب خللاً أو عيبًا تنقص به المنفعة ، أو يتعذر معه استيفاؤها تعذراً شرعيًا أو حسيًا ، فمن ذلك العيب الذي تنقص به قيمة المنفعة « كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة . .وأشباه ذلك، وفي المكتري للخدمة : ضعف البصر، والجنون، والجذام ، والبرص ، وفي الدار : انهدام الحائط، والخوف من سقوطها ، وانقطاع الماء من بئرها ، أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء، وأشباه ذلك من النقائص .

ومتي حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتري خيار الفسخ . . . » [3] .

وعلي هذا فلو استاجر رجلاً ليخدمه فضعف بصره كان ذلك عذراً يثبت به الفسخ ، ولو استأجر داراً فانهدم حائطها فإن ذلك يكون عذراً

---

(١)- المغني (٦/ ٢٩).

(٢)- المغني (٦/ ٣٠). (٣)- المصدر السابق .

يثبت به الفسخ ....؛ لأن المعقود عليه وهو منفعة الرجل، ومنفعة الدار - قد دخله النقص بالعيب ، فمنفعة الرجل انتقصت بسبب ضعف البصر، ومنفعة الدار قد انتقصت بانهدام الحائط ، فيكون الإلزام بإمضاء عقد كهذا - إلحاقًا للضرر بالمستأجر؛ لنقصان المنفعة ، فيفسخ العقد رفعًا للضرر ، ودرءاً للمفسدة .

وكذلك لو استأجر أرضًا ليزرعها فتعذر الزرع فإنه يثبت له الفسخ. قال ابن قدامة : «وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض، أو انقطاع مائها فللمستأجر الخيار (يعني :خيار الفسخ) ؛ لأنه لمعني في العين ..، وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ ؛ لأنه عيب ، فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ - أيضا - ويبقى الزرع في الأرض إلي أن يستحصد ، وعليه المسمي بحصته إلي حين الفسخ، وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء.

وكذلك إن انقطع الماء بالكلية ، أو حدث بها عيب (يعني : بالأرض) من غرق يهلك بعض الزرع، أو يسوء حاله به» (١) .

ومن ذلك - أيضًا - ما لو استأجر من يقلع ضرسه ..، فإنْ بَرَأَ الضرس قبل قلعه انفسخت الإجارة ؛ لأن قلعه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه ، ووجه ذلك - عندهم - «أن إتلاف جزء الآدمي محرم في الأصل ، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوض إلي كل إنسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك، فصاحب الضرس أعلم بمضرته، ونفعه ، وقدر ألمه» (٢)

---

(١)- المغني(٦/٦٤).
(٢)- الشرح الكبير مع المغني(٦/٧٢).

والظاهر من كل هذه التطبيقات وما في معناها : أن فسخ الإجارة لمثل هذا العذر – في الفقه الحنبلي – يتوسل به إلي رفع الضرر عن المستأجر؛ لأن إجباره علي تنفيذ العقد مع انتقاص المنفعة المعقود عليها ، أو تعذر استيفائها– يكون إهداراً لماله المبذول عوضًا عن منفعة لا يمكن استيفاؤها غير منقوصة، فيلحقه بسبب ذلك الضرر ، فيكون جواز الفسخ وحل هذا العقد هو السبيل إلي تدارك ذلك ، ورفعه .

وعلي هذا فإنه يتأكد صواب ما تقرر من أن مبدأ الفسخ للعذر يعمل في نطاق تحقيق قطع الشريعة للضرر: رفعًا له ، وإزالة لأسبابه .

خلاصة القول في مبدأ الفسخ بالعذر:

وبعد ذلك فإنه يقال تلك هي وجهات مذاهب العلماء بخصوص مبدأ فسخ العقد للعذر الحادث، وهي في مجموعها تقررهذا المبدأ علي أنها تتفاوت في مقدار ذلك مابين موسع فيه ومضيق له، والذي يُري رجحانه في ذلك هو مذهب الحنفية ؛ لأن مبدأ الفسخ للعذر يقوم علي أساس أن لا يتحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بالعقد، فحيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه – أي : لم يكن في حسابه وقت العقد – فإنه لا يجبر علي الإمضاء، ويكون له الفسخ للعذر؛ لأنه يوجد في الجبر علي الإمضاء معني استحقاق الضرر بالعقد ، ولما كان الضرر لايستحق بالعقد، ولا يلزم الإنسان منه مالم يلتزمه وأنه يزال كما هي قاعدة الشريعة « الضرر يزال » – فإنه يثبت الفسخ رفعًا لهذا الضرر ، وإزالة لأسبابه .

ويقال أخيراً : إن هذا المبدأ – مبدأ فسخ العقد للعذر – هو أحد التطبيقات التي تدل علي مراعاة الشريعة الإسلامية للحوادث الطارئة

تحقيقا لمقتضي العدل - الذي جاءت به وأرست قواعده - في تنفيذ الالتزامات ؛ وذلك رفعًا للضرر، ودرءاً للمفسدة، فحيث يطرأ العذر الذي يعجز معه العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر فإنه يكون مبرراً لعدم الالتزم بالعقد، فيفسخ : كما لو أوجب العذر خللاً في المعقود عليه، أو عيبا تنقص به المنفعة، أو يتعذر استيفاؤها معه تعذرا شرعيًا أو حسيًا ؛ إذ إن الجبر علي الإلزام - حينئذ - يكون خروجًا علي مقتضي العدل، كما هو الظاهر من إلزام المستأجر ببذل العوض المتفق عليه في الإجارة مقابل منفعة منقوصة، أو يتعذر عليه استيفاؤها لهذه الظروف الحادثة، ومثل هذا لا تقره الشريعة ، ولا تقول به، لما فيه من الظلم البين، فيثبت الفسخ .

وهكذا فإنه يظهر لنا هذا القدر من مرونة الفقه الإسلامي في مواجهة الحوادث التي تطرأ علي الالتزامات حيث يكون جزاء ذلك - في بعض الأحوال - : فسخ العقد وحل الالتزام رفعًا للضرر بالكلية ، كما هو الحال في الفسخ بالعذر، ويكون الجزاء في أحوال أخري : تعديل الالتزام المرهق برده إلي الحد المعقول، فيتوزع الإرهاق الذي هو الضرر الفاحش والخسارة الفادحة علي الطرفين ؛ تقليلاً للمضار، وتخفيفا من آثارها ، فيسهل احتمالها ، وذلك كما سنري في المبحث التالي : مبحث مبدأ وضع الجوائح في الثمار .

****

المبحث الثاني

العلاقة بين الضرر ومبدأ وضع الجوائح في الثمار

يعد مبدأ وضع الجوائح في الثمار من أبرز التطبيقات التي تدل على مراعاة الشريعة الإسلامية للحوادث الطارئة ، تحقيقا للتعادل والتوازن فتنفيذ الالتزامات ، وذلك تقليلاً من المضار ، وتخفيفا من آثارها .

ـ والأصل فيه : ما رواه مسلم عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله ﷺ : «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟!»(١) .

ولمسلم عن جابر – أيضًا ـ أن النبى – ﷺ – : « أمر بوضع الجوائح »(٢) .

وروى مسلم عن أنس أن النبى ﷺ : «نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو ، فقلنا لأنس ، ما زهوها ؟ قال : تحمر ، وتصفر ، أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك ؟» (٣) .

وعن أنس – أيضا – فى صحيح مسلم : أن النبى – ﷺ – قال : « ... إن لم يثمرها الله فبِمَ يستحل أحدكم مال أخيه ؟» (٤)

ـ معنى الجوائح :

الجوائح جمع جائحة . قال فى اللسان : والجائحة : الشدة ، والنازلة

---

(١)- مسلم بشرح النووي (١٠/ ٢١٦)كتاب المساقاة والمزارعة، باب : «وضع الجوائح».

(٢)- مسلم بشرح النووي (١٠/ ٢١٧، ٢١٨) كتاب المساقاة والمزارعة ، باب : «وضع الجوائح» .

(٣)- مسلم بشرح النووي (١٠/ ٢١٧) كتاب المساقاة والمزارعة، باب : «وضع الجوائح».

(٤)- مسلم بشرح النووي (١٠/ ٢١٧) كتاب المساقاة والمزارعة، باب : «وضع الجوائح».

العظيمة التي تجتاح المال من سنة ، أو فتنة ، وكل ما استأصله : فقد جاحه، واجتاحه ، وجاح الله ماله واجاحه . أي : أهلكه بالجائحة . وعن ابي عبيد : الجائحة المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله . وروي الأزهري عن الشافعي ، قال : جماع الجوائح : كل ما اذهب الثمر ، أو بعضها من أمر سماوي بغير جناية آدمي [١] .

هذا من جهة اللغة ، أما من جهة الاصطلاح فقد نقل الصاوي المالكي في حاشيته علي الشرح الصغير عن ابن عرفة أن الجائحة اصطلاحا هي «ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر ، أو نبات بعد بيعه» [٢] .

وفي المغني ، والمبدع ، الجائحة «كل أفة لا صنع للآدمي فيها : كالريح ، والبرد ، والجراد ، والعطش» [٣] .

والمقصود بوضع الجوائح - كما سنري - هو : أن يوضع - أي : ينقص - من ثمن الثمار المبيعة بمقدار ما نقص منها بسبب الجائحة .

- العلاقة بين مبدأ وضع الجوائح والضرر

الذي يلاحظ - هنا - أن هذا المبدأ يعمل في نطاق التقليل من المضار عن طريق إنقاص ثمن المبيع بمقدار ما نقص منه بسبب الجائحة ، وذلك حتي لا يكون الثمن المدفوع هدرا غير مقابل بعوض؛ إذ إن ذلك أكل

---

(١)- لسان العرب مادة (ج و ح) ، جـ٢/٧١٩ . ط : دار المعارف المصرية .

(٢)- حاشية الصاوي علي الشرح الصغير (٢/٨٧) . قال الصاوي: وقوله «من معجوز» بيان لما ، وقوله (قدراً) مفعول لأتلف، وأطلق في القدر لأجل أن يعم الثمار، وغيرها ؛ لأن الثمار وإن اشترط فيها كون التالف ثلثاً ، لكن البقول لا يشترط فيها ذلك، وإنما وضعت جائحة الثمار عن المشتري لما بقي علي البائع في الثمرة من حق التوفية.

(٣)- انظر : المغني (٤/٢١٦) ، والمبدع شرح المقنع (٤/١٧٠).

للمال بغير حق ، وهو معني قول النبي ﷺ : «بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» ، «بم تستحل مال أخيك؟» . أي : إذا هلك بعض المبيع بالجائحة فكيف يستحل البائع أخذ جميع الأجر الذي تقرر بالعقد ؟!! إذْ إنَّ ذلك فيه من إرهاق المشتري الشيء الكثير . وبناء عليه فإنه يكون مبدأ وضع الجوائح وسيلة ـ ضمن وسائل الشريعة ـ يتوسل بها إلي تعديل الالتزام برده إلي الحد المعقول حيث يكون الغنم بالغرم ، فيتوزع الضرر علي الطرفين ، فيسهل احتماله ، ويرتفع الإرهاق الذي هو الضرر الفاحش ، والخسارة الفادحة عن المشتري .

ـ موقف مذاهب الفقه من هذا المبدأ علي وجه العموم

اختلف العلماء في الثمرة إذا بيعت بعد بدو الصلاح ، وسلمها البائع إلي المشتري بالتخلية بينه وبينها ثم تلفت قبل أوان الجذاذ بآفة سماوية . هل تكون من ضمان البائع ، أو المشتري ؟ . فقال أبو حنيفة ، والشافعي في أصح قوليه ، والزيدية ، والظاهرية ، والإمامية : هي في ضمان المشتري ، ولا يجب وضع الجائحة (١) .

وقال الشافعي في القديم ، وأحمد : هي في ضمان البائع ،ويجب وضع الجائحة (٢) ، وقال مالك : إن كانت دون الثلث لم يجب وضعها ، وإن كانت الثلث فأكثر وجب وضعها . هذا في الثمار، وأما في البقول فتوضع في القليل والكثير (٣) .

---

(١)- انظر : مختصر الطحاوي (٧٨) ، وروضة الطالبين(٥٦٢/٣) ، والتنبيه (٦٦) ، وشرح النووي علي مسلم (٢١١/١٠)، والبحر الزخار(٣٦٩/٤،وما بعدها) ، والسيل الجرار (١٢٦/٣،وما بعدها) ، والمحلي (٣٧٩/٨،وما بعدها)، وشرائع الإسلام(٥٣/٢) .

(٢)- انظر: الروضة (٥٦٢/٣)، والتنبيه (٦٦) ، والمغني لابن قدامة (٢١٥/٤، ٢١٦) ، والمبدع (١٧٠/٤).

(٣)- انظر : بداية المجتهد (٢١٠/٢، وما بعدها) ، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٨٧/٢) ، وشرح المواق مع مواهب الجليل للحطاب (٥٠٤/٤، ٥٠٥) ، والمنتقي شرح الموطأ (٢٣٢/٤) ، والمدونة مع مقدمات ابن رشد (١٥/٤، وما بعدها).

وعمدة من قال بوضع الجوائح ما تقدم من الأحاديث ، وقياس الشبه، ذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقي علي البائع فيه حق توفية ، بدليل ما عليه من سقيه إلي أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه ، وأصله : سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية ، والفرق ـ عندهم ـ بين هذا المبيع ، وبين سائر البيع : أن هذا بيع وقع في الشرع ، والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثني من النهي عن بيع ما لم يخلق ، فوجب أن يكون ضمانه مخالفًا لسائر المبيعات [١] .

وأما عمدة من لم يقل بهذا المبدأ فهو تشبيههم هذا البيع بسائر المبيعات ، وأن التخلية في هذا المبيع هي القبض ، وقد اتفقوا علي أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري .

ومن طريق السماع ـ أيضًا ـ حديث أبي سعيد الخدري عند مسلم ، قال : أصيب رجل في عهد رسول الله ـ ﷺ ـ في ثمار ابتاعها فكثر دينه . فقال رسول الله ـ ﷺ ـ : « تصدقوا عليه » ، فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ لغرمائه : « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » [٢] . قالوا : فلم يحكم بالجائحة ، إذ لو كانت توضع لم يفتقر إلي ذلك ، وحملوا الأمر بوضع الجوائح علي الاستحباب ، أو فيما بيع قبل بدو الصلاح .

فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار ، وتعارض مقاييس الشبه ، علي أنه لا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش ، ومن هنا

---

(١)- انظر : بداية المجتهد (٢ / ٢١٠، ٢١١).

(٢)- مسلم بشرح النووي (١٠/٢١٨) كتاب المساقاة والمزارعة، باب : «وضع الجوائح».

فقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة علي إثباتها [1] ، ومن ثم فإنه يكون الراجح القول بوضع الجوائح .

وقد أطال ابن قدامة ـ في المغني ـ في تقرير مبدأ وضع الجوائح ، ، وذلك بما حاصله : أن الأمر بوضع الجوائح هو الصواب الذي لا يعدل عنه[2] ، ووافقه في ذلك ابن القيم في «إعلام الموقعين» إذ إنه أفاض في تقرير ذلك بالأدلة السمعية ، والقياسية، كما أجاد في الرد عي المخالف[3].

هذه هي جملة وجهة مذاهب الفقه بخصوص هذا المبدأ ، ونعرض بعد ذلك لتفصيل وجهة الفقهين: المالكي ، والحنبلي بهذا الخصوص باعتبار أنهما يقرران ذلك ، ولنري كيف يعمل هذا المبدأ في التقليل من المضار .

أولاً : المذهب المالكي

١ـ بيان ما يكون من المتلفات جائحة

اختلف أصحاب مالك في معني ما يوضع من الجوائح ، فعند ابن القاسم : أن ما لا يستطاع دفعه ـ وإن علم به ـ فإنه يكون جائحة .

وما يستطاع دفعه إن علم به فلا يكون جائحة : كالسارق ، قاله في «كتاب ابن المواز»، وهو مذهب ابن نافع في المدونة .

وروي عن ابن القاسم في المدونة : أن كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان فهو جائحة سارقًا كان ، أو غيره .

---

(١)– بداية المجتهد (٢/٢١١).

(٢)– انظر : المغني لابن قدامة (٤/٢١٦) .

(٣)– انظر: إعلام الموقعين (٢/٣٥٦)، وما بعدها).

وقال مطرف وابن الماجشون : لا يكون جائحة إلا ما أصاب الثمرة من أمر السماء ، من عفن، أو برد ، أو عطش ، أو فساد بِحَرٍّ ، أو بَرْدٍ ، أو بكسر الشجر [1] .

وفي بداية المجتهد : وأما ما أصاب الثمرة من السماء : مثل البرد ، والقحط ، وضده ، والعفن، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة .

وأما العطش ـ كما قلنا – فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة .

وأما ما أصاب من صنع الآدميين : فبعض أصحاب مالك رآه جائحة ، وبعض لم يره جائحة ، والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين : فبعضهم رأي منه جائحة ما كان ـ غالبا ـ كالجيش ، ولم ير ما كان منه بمغافصة (الاخذ علي غرة) ـ جائحة : مثل السرقة .

وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان .

فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله– ﷺ –: «أرأيت إن منع الله الثمرة» . ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثني اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه[2] .

والحاصل أن في المذهب بهذا الخصوص ثلاثة آراء :

(الرأي الأول) هو ما يذهب إلي أن الجائحة ما أصاب الثمرة من أمر السماء وحدها .

---

(١)- المنتقي شرح الموطأ للباجي (٢٣٢/٤، ٢٣٣).

(٢)- بداية المجتهد (٢١٢/٢) .

(والرأي الثاني) هو ما يذهب إلي أن الجائحة تشمل - أيضاً - أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز عنها .

(والرأي الثالث) هو ما يذهب إلي أن الجائحة كل ما أصاب الثمرة بأي وجه كان ما دامت من غير فعل المشتري ، فتشمل الجائحة بذلك جميع أعمال الآدميين حتي تلك التي يمكن التحرز عنها .

وعلي هذا فإن المذهب المالكي يكون قد أفسح مجال العمل لمبدأ وضع الجوائح حتي إنه ليعمل به - عند ابن القاسم - إن تعرض الثمر المبيع للسرقة كما هي رواية سحنون عنه في المدونة ، ومعني ذلك : اتساع دائرة التقليل من المضار الواقعة علي المشتري ، والتخفيف من آثارها عليه ؛ إذ إن هذا المبدأ - كما سبق - يعمل في نطاق التقليل من المضار الواقعة علي المشتري عن طريق الإنقاص من ثمن البيع بمقدار ما نقص منه بسبب الجائحة .

كذلك فإنه ينبني علي إفساح مجال العمل لهذا المبدأ إتاحة الفرصة واسعة لتعديل الالتزام برده إلي الحد المعقول حيث يتعادل العوضان : الثمن، والمبيع ، أو يتقاربان ، فيكون الغنم بالغرم ، ويتوزع الضرر علي الطرفين ، فيسهل احتماله ، ويرتفع الإرهاق الذي هو الضرر الفاحش والخسارة الفادحة عن المشتري .

٢ - محل الجوائح

ومحل الجوائح : الثمار ، والبقول ، فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب ، وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر : فيها الجائحة .

وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر [1] .

٣ ـ بيان مقدار الجائحة التي توضع ، وكيفية إنقاص الثمن

الذي في «المنتقي» أن مرجع ذلك إلي نوع المبيع ، وجملته ثلاثة أنواع :

الأول : ثمار التين ، والتمر ، والعنب ، وما جري مجراها من الجوز ، واللوز ، والتفاح ، فهذه يراعي في جوائحها الثلث .

فالمقدار الذي تجب فيه الجائحة في هذا النوع هو الثلث ، فإن قصرت عن الثلث لم يوضع عن المشتري منها ، وإن بلغت الثلث وضع عنه جميعها .

والنوع الثاني : البقول ، وهو سائر أنواع البقول ، والأصول المغيبة مما الغرض في أعيانها دون ما يخرج منها ، ففيها روايتان من جهة ثبوت الجائحة فيها ، أو عدم ثبوتها ، فعلي رواية أنها تثبت فيها الجائحة . فهل يعتبر فيها الثلث ، أو لا ؟ .

روي ابن القاسم عن مالك : أن الجائحة توضع فيها قليلها ، وكثيرها، بلغت الثلث ، أو قصرت عنه ، وفي «المدنية» عن ابن القاسم عن مالك إلا أن يكون الشيء التافه .

وروي علي بن زياد عنه : لا يوضع من جائحتها إلا ما بلغ الثلث .

---

(١)- انظر : بداية المجتهد (٢/٢١٢) ، والكافي لابن عبد البر(٣٣٤) ، والقوانين الفقهية(٢٢٥، ٢٢٦).

والنوع الثالث : ما يجري مجري البقول في أن أصله مبيع مع ثمرته، ويجري مجري الأشجار في أن المقصود منه ثمرته : كالقثاء ، والبطيخ ، والقرع ، والباذنجان ، والفول .

فهذا قال ابن القاسم ـ وجميع أصحاب مالك ـ : أن الثلث يعتبر في جائحتها .

وقال أشهب في «كتاب ابن المواز» : المقاثي كالبقل توضع الجائحة فيها قليلها ، وكثيرها دون اعتبار ثلث [1] .

وفي المذهب رأيان في كيفية حساب الثلث :

الأول : رأي ابن القاسم .

يحسب ابن القاسم ثلث الثمار بالكيل أولاً ، فإذا بلغت الخسارة هذا المقدار من الكيل ، فإن كانت الثمار نوعًا واحدًا لا تختلف قيمة بطونه، حط من الثمن الثلث ، أو أكثر بمقدار الخسارة ، وإن كان الثمر أنواعًا كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطونًا مختلفة القيم ـ أيضًا ـ اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع .

الثاني : رأي أشهب .

يعتبر أشهب الثلث في القيمة ، فإذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث ـ سواء كان ثلثًا في الكيل أو لم يكن ـ وضع عنه الثلث من الثمن [2] .

وكل ما سبق فيما إذا لم تكن الجائحة من العطش ، فإن كانت من العطش فيوضع قليلها ، وكثيرها [3] .

---

(١)- المنتقي شرح الموطأ (٤/٢٣٥) . (٢)- بداية المجتهد (٢ / ٢١٢).
(٣)- المنتقي (٤ / ٢٣٣) ، والقوانين (٢٢٦) ، والكافي (٣٣٤) .

٤ ـ بيان الوقت الذي توضع فيه الجائحة

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب علي وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلي تبقية الثمر علي رؤوس الشجر حيث يستوفي طيبه .

واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار المبيعة علي النضارة ، وشيئًا فشيئًا ، فقيل : فيه الجائحة ، تشبيهاً بالزمان المتفق عليه .

وقيل : ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق علي وجوب القضاء بالجائحة فيه .

فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة . يعني : أن من رأي النضارة مطلوبة بالشراء كما أن الطيب مطلوب ، قال بوجوب الجائحة فيه .

ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة. يعني : أن من لم ير الأمر في الطيب والنضارة واحداً ، قال : ليس فيه جائحة [١] .

هذه هي وجهة الفقه المالكي بخصوص مبدأ وضع الجوائح تقريراً له، وعملاً به ، توسلا إلي تعديل الالتزام برده إلي الحد المعقول ، فيتوزع الضرر علي طرفي العقد ، فيحتمل ، ويرتفع الإرهاق الذي هو الضرر الفاحش ، والخسارة الفادحة عن المشتري .

ثانيًا : المذهب الحنبلي

١ـ بيان ما يكون من المتلفات جائحة

المذهب أن الجائحة كل آفة سماوية لا صنع للآدمي فيها : كالريح ، والحر ، والبرد ، والجراد، والعطش .

---

(١)- بداية المجتهد (٢/٢١٣).

ووجه ذلك ما قاله ابن قدامة في «المغني» من أن الساجي روي بإسناده عن جابر أن النبي - ﷺ - «قضي في الجائحة، والجائحة تكون في البرد، والجراد، والحبق، والسيل، وفي الريح». فهذا تفسير من الراوي لكلام النبي - ﷺ - فيجب الرجوع إليه (1).

ونقل حنبل إنما الجوائح بأمر سماوي (2).

وقيل: ولص، ونحوه (3).

قال في «المبدع»: وفي نهب عسكر، وإحراق لص ونحوه - وجه (4).

وفي المغني: «وأما ما كان بفعل آدمي. فقال القاضي: المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه، ومطالبة الجاني بالقيمة؛ لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة» (5). وقال في الشرح الكبير: «إلا أن في إحراق اللصوص، ونهب العساكر، والحرامية وجهين» (6).

والحاصل: أن في المذهب اتجاهين بهذا الخصوص:

الأول: وهو الصحيح - الذي عليه المذهب -: أن الجائحة كل آفة سماوية لا صنع لآدمي فيها.

---

(1)- المغني (4/216)، وانظر: المبدع (4/170).
لحَبْق سُمِي به الدَّقَلُ من التمر لِرَدَاءَته.
(2)- الفروع (4/78)، والمبدع (4/171).
(3)- الفروع (4/78).
(4)- المبدع (4/171).
(5)- المغني (4/216).
(6)- الشرح الكبير بهامش المغني (4/258).

الثاني: أن الجائحة تشمل - أيضًا - صنع الآدمي الذي لا يستطاع التحرز منه: كنهب العسكر، والذي يستطاع التحرز منه: كإحراق لص ونحوه. وهذا الاتجاه وجه في المذهب.

علي أن الملاحظ - هنا - بخصوص صنع الآدمي: أن المذهب يثبت به خيار الفسخ للمشتري، فيكون قد رفع الضرر عنه من هذه الطريق، ومن ثم فإنه لا توجد حاجة إلي القضاء بالجائحة، وعلي هذا لا يكون للاتجاه الثاني كبير فائدة.

٢ - محل الجوائح

محل الجوائح الثمار. ونقل حنبل ما يقتضي اختصاصها بالنخل، فقال: إنما الجوائح في النخل بأمر سماوي (١).

علي أن الراجح **الأول**، وهو المنصوص عليه في المتون والشروح. ففي متن الخرقي: «وإذا اشتري الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها علي البائع» (٢).

وقال في المقنع: «وإن أتلفت (أي الثمرة) بجائحة من السماء رجع علي البائع». قال في «المبدع»: فكل ما تهلكه - يعني الجائحة - من الثمر علي أصوله قبل أوان جده، فهو من ضمان البائع (٣).

وماله أصل يتكرر جملة: كقثاء ونحوه، فكشجر، وثمره كثمره، لكن لا يؤخر البائع اللقطة الظاهرة، ذكره في «الترغيب»، وغيره (٤).

---

(١)- الفروع (٤/٧٨)، والمبدع (٤/١٧١).
(٢)- متن الخرقي مع المغني(٤/٢١٥).
(٣)- المبدع شرح المقنع (٤/١٧٠).
(٤)- الفروع (٤/٧٩، ٨٠)، والمبدع (٤/١٧٢).

أما الزرع فالذي في «الكافي» ، و «المحرر» : أنه كالثمرة . قال في المحرر : «وما تلف من الزرع، أو الثمر بأمر سماوي قبل قطعه فهو من ضمان البائع» [1] .

وفي المذهب - أيضًا - أنه لا تثبت الجوائح في الزرع إذا تلف ، لأنه لا يباع إلا بعد تتمة صلاحه قال ابن عقيل : فإذا تركه فرط ، يضمنه في أحد الاحتمالين [2] .

وفي «الروضة» ، وغيرها : إن اشتراه - يعني الزرع - بعد بدو صلاحه، وهو اشتداد حبه ، فله تركه إلي حين حصاده ، وفي «عيون المسائل» : إذا تلف البقلاء ،والحنطة ، فوجهان ، الأقوي : يرجع بذلك علي البائع[3] .

واختار الشيخ تقي الدين : ثبوت الجائحة في زرع مستأجر ، وحانوت نقص نفعه عن العادة، فيوضع من ثمن الإجارة بمقدار ما نقص من النفع بسبب الجائحة [4] .

وحكم به القاضي تقي الدين سليمان بن حمزة في حمام [5] .

والحق أن هذا الاجتهاد الحنبلي الممثل في وجهة شيخ الإسلام ابن تيمية ، والقاضي بن حمزة يؤكد من مراعاة الفقه الإسلامي للحوادث الطارئة التي تعرض للالتزامات ؛ إذ ينظر هذا الفقه من جديد في الالتزام

---

(١)- المحرر لابن تيمية الجد (٣١٧/١). (٢)- انظر : المبدع (١٧٢/٤)، والفروع (٧٨/٤).

(٣)- السابق ،والفروع (٧٨/٤).

(٤)- انظر : الفروع (٧٩/٤) ،والمبدع (١٧٢/٤).

(٥)- انظر : الفروع (٧٩/٤) ،والمبدع (١٧٢/٤).

وهو القاضي تقي الدين سليمان بن حمزة بن أحمد بن عمر المقدسي الأصل، الدمشقي المولد، من فقهاء الحنابلة ، ولي القضاء عشرين سنة، ونعته الذهبي بقاضي القضاة، توفي سنة ٧١٥هـ. الدرر الكامنة (١٤٦/٢).

علي ضوء هذه الحوادث نظر تعديل للعوضين الملتزمين بالعقد ، حتي يكون الغنم بالغرم علي وجه التقريب ، فلا يكون غبن ولا ظلم ، وذلك رفعًا للضرر الفاحش والخسارة الفادحة التي تقع علي المشتري أو المستأجر بسبب بذل ماله عوضا عما لم يمكنه استيفاؤه لطروء الجائحة (أو الحوادث الطارئة) ، فيكون هدراً من غير مقابل ، وطريقة الشريعة ـ هنا ـ أن يتوزع طرفا العقد أثر هذه الجائحة ، ويعدل الالتزام برده إلي الحد المعقول : بأن ينقص من ثمن المبيع ، وأجرة الإجارة بمقدار ما نقص منهما بسبب الجائحة ، فيكون الضرر الفاحش الذي هو الخسارة الفادحة ـ قد ارتفع ، ولم يبق إلا ضرر قليل محتمل .

علي أن هذه المراعاة من الفقه الإسلامي للحوادث الطارئة رفعًا للضرر ، ودرءاً للمفسدة ـ كما هو الظاهر ـ إنما تلاحظ علي مستوي التطبيق العملي في الحكم علي الوقائع التي تعرض له ، فيفتي فيها ، ويقدم الحلول لها علي أساس من ذلك .

كذلك فإنه يقال عن هذا الاجتهاد : إنه يوسع مجال العمل بمبدأ وضع الجوائح (أو : مراعاة الحوادث الطارئة) ، فبدل أن يكون مجال هذا المبدأ الزروع والثمار فقط ، فإنه يصبح الزروع ، والثمار، وحانوتًا نقص نفعه عن العادة ، وحماما .. ، فكل ما هو من هذا الجنس يكون مجالاً يعمل فيه مبدأ وضع الجوائح .

وبناء عليه فإنه تتسع دائرة رفع المضار الفاحشة ، والتقليل منها في هذا الفقه .

٣ ـ مقدار الجائحة التي توضع ، وكيفية إنقاص الثمن

الذي في المغني : أن ظاهر المذهب : أنه لا فرق بين قليل الجائحة

وكثيرها ، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله : كالشيء اليسير الذي لا ينضبط ، فلا يلتفت إليه .

قال أحمد : إني لا أقول في عشر ثمرات ، ولا في عشرين ثمرة ، ولا أدري ما الثلث ؟ ولكن إذا كانت جائحة تعرف : الثلث ، أو الربع ، أو الخمس ، توضع .

وفي رواية أخري : أن ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري ، لأنه لابد أن يأكل الطير منها ، وتنثر الريح ، ويسقط منها ، فلم يكن بد من ضابط ، وحدٌ فاصلٍ بين ذلك ، وبين الجائحة ، فاعتبر الثلث ؛ لأن الشرع اعتبره في مواضع : منها الوصية ، وعطايا المريض ، ولأن الثلث في حد الكثرة ، وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي - ﷺ - في الوصية : «الثلث ، والثلث كثير» [1] . فدل علي أن الثلث آخر حد الكثرة ؛ فلهذا قدر به .

ووجه القول الأول : عموم الأحاديث ، فإن النبي - ﷺ - أمر بوضع الجوائح ، وما دون الثلث داخل فيه ، فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع ، وإن كان قليلاً : كالتي علي وجه الأرض [2] .

وما أكله الطير ، أو سقط لا يؤثر في العادة ، ولا يسمي جائحة ، فلا يدخل في الخبر ، ولا يمكن التحرز منه ، فهو معلوم الوجود بحكم العادة ، فكأنه مشروط .

---

(١)- أخرجه البخاري من حديث عامر بن سعد عن أبيه في كتاب الوصايا ، باب : «الوصية بالثلث». البخاري مع الفتح (٥/٤٣٥).

(٢)- المغني (٤/٢١٦،٢١٧).

وإذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة ، وضع من الثمن بقدر الذاهب (أي :التالف) ، فإن تلف الجميع بطل العقد ، ويرجع المشتري بجميع الثمن .

وأماعلي الرواية الاخري (رواية الثلث) فقد نقل المرداوي في تصحيح الفروع [1] ثلاثة أوجه في كيفية حساب الثلث :

(أحدها) يعتبر قدر ثلث الثمرة ، فإن كان قدر التالف بالجائحة من الثمار هو الثلث فأكثر قضي بالجائحة ، فينقص من الثمن بمقدار ذلك ، وإن كان دونه لم يرجع بشيء علي البائع .

(الثاني) يعتبر قدر الثلث بالقيمة . يعني : إن كان التالف بالجائحة من الثمار قيمته تساوي ثلثا فاكثر ، قضي بالجائحة ، فينقص من الثمن بمقدار ذلك ، وإن كان دونه لم يرجع بشيء علي البائع .

(الثالث) يعتبر قدر ثلث الثمن . أي : إن كان التالف بالجائحة من الثمار ثمنه يعادل ثلث ثمن المبيع فاكثر ، قضي بالجائحة ، وإن كان دونه لم يرجع بشيء علي البائع .

فإذا اختلفا في الجائحة ، أو قدر ما أتلف ، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل السلامة ؛ ولأنه غارم ، والقول في الأصول قول الغارم [2] .

٤ ـ بيان الوقت الذي توضع فيه الجائحة

يتفق المذهب الحنبلي مع المذهب المالكي في أن وقت القضاء

(١)- انظر : تصحيح الفروع (٤/٧٨) ، والفروع (٤/٧٨) ، والمغني (٤/٢١٧)، والمبدع (٤/١٧١، ١٧٢).

(٢)- المغني (٤/٢١٧).

بالجائحة هو هذا الوقت الذي يحتاج فيه المشتري إلي تبقية الثمر علي رؤوس الشجر حتي يستوفي طيبه ، فإن استوفت الثمرة طيبها ، وبلغت أوان الجزاز فلم يجزها حتي اجتيحت . قال القاضي : عندي لا يوضع عنه؛ لأنه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه [1] .

تلك هي وجهة الفقه الحنبلي بخصوص مبدأ وضع الجوائح تقريراً له، وعملاً به ، وهي - كما تبين لنا - وجهة يفسح فيها مجال العمل بهذا المبدأ، فتتاح الفرصة واسعة لتعديل الالتزام الذي يؤدي تنفيذه بعد طروء الجائحة إلي ضرر فاحش ، وخسارة فادحة - وذلك برده إلي الحد المعقول حيث يتعادل العوضان : الثمن ، والمبيع ، أو يتقاربان ، فيكون الغنم بالغرم ، ويتوزع الضرر علي الطرفين ، فيخف أثره ويصير قليلا محتملا .

وهكذا يظهر أن مبدأ وضع الجوائح يعمل في نطاق مراعاة الشريعة للضرر : تقليلاً منه ، وتخفيفًا لأثره ، وذلك عن طريق إعادة النظر في الالتزام - علي ضوء الجائحة الحادثة - والتعديل له .

خلاصة هذا المبحث :

وخلاصة هذا المبحث : أن مبدأ وضع الجوائح في الثمار المبيعة - الذي ظهر للبحث رجحانه - يعد دليلاً واضحا علي مراعاة الشريعة للحوادث الطارئة وذلك تقليلاً للضرر وتخفيفا لأثره .

فالفقه الإسلامي حينما نري في بعض مذاهبه تقرير مبدأ وضع الجوائح إنما يصدر في ذلك عن اعتبار ومراعاة لما طرأ علي الالتزام من حادث يعجز معه العاقد عن إمضاء العقد إلا بتحمل ضرر فاحش ، وخسارة فادحة، وإن لم يصرح بذلك أو ينص عليه .

---

(١)- انظر : المغني (٤/٢١٧) ، والفروع (٤/٧٩).

ومن ثم فإنه تظهر أصالة هذا الفقه وتقدمه على غيره فى معرفة مثل ذلك وتقريره ؛ إذ إن مبدأ مراعاة الحوادث الطارئة لم يهتد إليه المشرعون الوضعيون من واضعى القوانين إلا فى العصر الحديث .

وأن مبدأ وضع الجوائح يعمل - فى نهاية الأمر - فى نطاق قطع الشريعة للضرر ، بالتقليل منه ، والتخفيف من أثره ، وذلك عن طريق الإنقاص من ثمن المبيع بمقدار ما نقص منه بسبب الجائحة .فيكون هذا المبدأ بمثابة إتاحة الفرصة لتعديل الالتزام برده إلى الحد المعقول حيث يتعادل العوضان : الثمن ، والمبيع ، أو يتقاربان ، فيكون الغنم بالغرم ، ويتوزع الضرر الحادث بسبب الجائحة على العاقدين ، فيسهل احتماله ، ويرتفع الإرهاق - الذى هو الضرر الفاحش والخسارة الفادحة عن المشتري .

وبعد هذا فإن البحث يتحول بنا إلى مبحث جديد يدرس العلاقة بين الضرر ومبدأ حرية الشروط فى العقود وذلك من خلال المبحث التالى :

المبحث الثالث

العلاقة بين الضرر ومبدأ حرية الشروط في العقود

من المقرر أن الشروط التي تشترط في العقود أمور مقصودة للناس يحتاجون إليها ؛ إذ لولا حاجتهم إليها ما اشترطوها .

والإقدام علي أمر مظنة الحاجة إليه، ولم يثبت تحريمه - يباح ؛ لما ثبت في مصادر التشريع وموارده من وجوب رفع الحرج والضيق، ولا شك أن منع الالتزام في وقت الحاجة الثابتة حرج وضيق من غير نص ، ولا دليل، ولا مصلحة تسوغ ذلك .

وقد قال الشيخ أبو زهرة : « والعاقدان ما اشترطا شرطًا إلا ولأحدهم مصلحة مجلوبة، أو مضرة مدفوعة، فلو منعنا تنفيذ الشرط - مالم يقم دليل شرعي ، نكون قد ضيقنا حيث وسع الشارع ، ومنعنا حيث أطلق . . » [١] .

ومثل هذا ظاهر في الدلالة علي أن مبدأ حرية الشروط - مالم يقم دليل علي إلغائها - يتوسل به - في حقيقة الأمر - إلي جلب مصلحة، أو دفع مضرة، فيكون دفع المضرة متضمنا في العمل بهذا المبدأ ، بل هو جانب أصيل فيه .

وتلك هي حقيقة العلاقة بين الضرر ومبدأ حرية الشروط في العقود، فكثيراً ما يكون مبدأ حرية الشروط عاملاً في نطاق تحقيق قطع الضرر : رفعًا له ، وإزالة لآثاره.

---

(١)- ابن حنبل حياته وعصره، آراؤه وفقهه للشيخ أبي زهرة (٣٥٢) . ط : دار الفكر العربي .

كما أن التضييق من هذا المبدأ يوقع الناس في الحرج والمشقة اللذين هما من أسباب الضرر والمفسدة ، فيكون اعتبار حرية الشروط وتقرير هذا المبدأ أحد سبل الشريعة، ووسيلة – ضمن وسائلها- تتوسل بها إلي قطع المضار، ودرء المفاسد، والتوسعة علي الناس في أمور المعاملات والمعايش التي ترجع إليها مصالحهم في هذه الدار.

يقول ابن القيم :

« تعليق العقود، والفسوخ ، والتبرعات، والالتزامات ، وغيره – بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة، أو الحاجة ، أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف ..، ونص الإمام أحمد علي جواز تعليق النكاح بالشروط، وهذا هو الصحيح..، وعلق أمير المؤمنين عمر – رضي الله عنه – عقد المزارعة بالشرط، فكان يدفع أرضه إلي من يعمل عليها، علي أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا، ذكره البخاري ، ولم يخالفه صاحب ، ونص الإمام أحمد علي جواز تعليق البيع بالشروط في قوله : إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن ، واحتج بأنه قول ابن مسعود ، ورهن الإمام أحمد نعله، وقال للمرتهن إن جئتك بالحق إلي كذا، وإلا فهو لك ....» (١) .

والذي يري من هذا النص أن أحمد يجيز إنشاء العقد بصيغة معلقة علي شرط، وهي الصيغة التي تفيد وجود العقد عند وجود الشرط المعلق عليه، سواء أكانت تلك العقود لتمليك الأعيان ، أم لتمليك المنافع... ، وأجاز تعليق عقود الأنكحة بالشرط كسائر العقود.

---

(١)- إعلام الموقعين (٣ / ٣٨٧).

وقد علل ذلك ابن القيم بأن الأساس في العقود هو الحاجة إليها، وقد تكون ثمة حاجة خاصة، أو مصلحة خاصة في عقد معلق علي شرط . قال الشيخ أبو زهرة: «ويجب أن تجاب هذه الحاجة، ويقرر العقد، وإلا كان هذا تضييقا من غير مصلحة ظاهرة، ومن غير دليل ، وكل تضييق هو من الحرج الذي نهي الشارع عنه، وحرمه الشارع ومنعه، وهو من العنت الذي لم يجئ به الرسول - ﷺ - [(١)]» .

وهكذا يبين أن اعتبار مبدأ حرية الشروط - سواء كانت قبل العقد، أو مقترنة به، أو كان العقد معلقًا عليها - يتوسل به إلي رفع الحاجة التي من شأن عدم رفعها حصول مشقة للمكلف، ووقوع ضرر به، فيكون العمل بمبدأ حرية الشروط محققا لقطع المضرة ودرء المفسدةعن طريق رفع الحاجة المتسببة في وقوعهما .

وبناء عليه فإنه يكون هذا المبدأ جديراً بالدراسة ؛ لما قد ظهر من صلته الوثيقة بقطع المضار ، ودرء المفاسد، ورفع الحرج والمشاق.

ونعرض لذلك من خلال بيان وجهات مذاهب الفقه بهذا الخصوص، علي أن نبدأ بأكثرها توسعًا في مراعاة هذا المبدأ، ثم نتبعه بالمذهب الذي يليه في الرتبة، وهكذا .

أولاً : المذهب الحنبلي :

يقرر العلماء - بحق - أن الاجتهاد الحنبلي انتهي إلي أن الأصل الشرعي - بمقتضي دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية - هو حرية الشروط في العقود، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان، ويشترطانه مالم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من هذه الشروط.

---

(١)- ابن حنبل (٣٥٤) .

قال ابن تيمية : « إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، و لا يحرم ويبطل منها إلا ما دل علي تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد - رضي الله عنه - المنصوص عنه أكثرها تجري علي هذا القول ، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه، وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها تنبيه بدليل خاص من أثر أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعًا من الصحة (أي : الحجج التي ساقها الفقهاء الآخرون) ، ولا يعارض ذلك بكونه شرطا يخالف مقتضي العقد، أو لم يرد به نص » (١) .

وهكذا يبين أن الإمام أحمد أكثر الأئمة الأربعة تصحيحا للشروط. وتعليل ابن تيمية لذلك بأنه «كان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي - ﷺ - والصحابة مالم يجده عند غيره من الأئمة ، فقال بذلك، وبما في معناه قياسًا عليه، وما اعتمده غيره في إبطال الشروط من نص فقد يضعفه، أو يضعف دلالته، وكذلك قد يضعف ما اعتمدوه من قياس ، وقد يعتمد طائفة من أصحاب أحمد عمومات الكتاب والسنة..، في تصحيح الشروط...» (٢) .

علي أن الحنابلة لايهملون نظرية مقتضي العقد (يعني الحكم علي الشرط بالفساد لمخالفته مقتضي العقد) تلك التي تمسك بها من ضيق علي نفسه من الفقهاء في هذا الباب - فكثيراً ما يمنع فقهاء الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ، ويعللون بمخالفة ذلك الشرط لمقتضي العقد .

---

(١)- الفتاوي الكبري لابن تيمية(٣/٤٧٤) . ط : دار المعرفة، وقد اختار ابن تيمية ذلك . انظر: مجموع الفتاوي(٢٩/١٣٢)

(٢)- الفتاوي الكبري (٣/٤٧٤).

قال في الشرح الكبير : « شرط ما ينافي مقتضي البيع نحو أن يشترط أن لاخسارة عليه أو متي نفق المبيع وإلا رده، أو ألا يبيع ، ولا يهب ، ولا يعتق، وإن أعتق فالولاء له . . ، فهذا الشرط باطل في نفسه ؛ لقول النبي - ﷺ - في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء : « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» (١) .

نص علي بطلان هذا الشرط، وقسنا عليه سائر الشروط ؛ لأنها في معناه، وهل يبطل بها البيع؟ علي روايتين ، قال القاضي : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح . .،والثانية : البيع فاسد . .؛ لأنه شرط فاسد فأفسد البيع » (٢) .

لكن الفقه الحنبلي أوسع نظرًا في تفسير مقتضي العقد وحدوده، فهم لا يعتبرون كغيرهم أن كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه ،بل إنهم يرون أن مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه مادامت مشروعة، أو غير محرمة .

جاء في كشاف القناع : « وما كان من مصلحة العاقدين كان من مصلحة العقد . . . . » (٣) .

وبناء عليه يقال : إنه لا يعتبر الشرط منافيًا لمقتضي العقد في نظر المحققين من الحنابلة إلا في النواحي الأساسية التي إذا شرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد .

---

(١)- أخرج البخاري في كتاب الشروط، باب : « الشروط في الولاء» عن عروة عن عائشة : «من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط». البخاري مع الفتح (٣٨٥/٥).

(٢)- الشرح الكبير بهامش المغني (٥٤/٤) ، ويكون الشرط فاسداً - أيضا - إذا ورد في النهي عنه نص خاص كما في النهي عن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف . انظر : المغني (٢٩٠/٤).

(٣)- كشاف القناع (٩١/٥).

وحينئذ قد يبطل العقد بالشرط، وقد يبطل الشرط ويصح العقد، وذلك علي حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد.

وجملة القول في الشروط التي تصح في المذهب الحنبلي أنها ثلاثة أقسام:

القسم الأول : كل شرط يقتضيه العقد فهو صحيح: كاشتراط التسليم، وخيار المجلس ، والتقابض في الحال.

فكل هذه الشروط يقتضيها العقد، وهي معمول بها حتي ولو لم تشترط ، ومن ثم فإنها لا تفيد حكمًا، ولا تؤثر في العقد.

القسم الثاني: كل شرط يلائم العقد، ويكون من مصلحته، فتتعلق به مصلحة المتعاقدين - فهو صحيح : كالرهن ، والضمين..، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع : كالصناعة ، والكتابة ، ونحوها.

قال ابن قدامة : «ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافًا (يعني : أنهما متفق علي صحتهما من قبل المذاهب) [1] ».

القسم الثالث : شروط ليست من مقتضي العقد ،ولا من مصلحته، غير أنها لا تنافي مقتضاه، ولم يرد في النهي عنها نص خاص [2] .

فمادام الشرط لا ينافي مقتضي العقد فهو صحيح - في الأصل - سواء كان العقد يقتضيه ، أو لا يقتضيه ، لاءم مقتضي العقد، أم لم

---

(١)- المغني (٤/٢٨٥، ٢٨٦).

(٢)- وقريب من هذا مذهب الإمامية، فالشروط عندهم تصح مالم تكن مؤدية إلي جهالة المبيع ، أو الثمن، ومالم يرد في النهي عنها نص خاص من كتاب أو سنة ، فيجوز أن يشترط ما هو سائغ داخل تحت قدرته : كقصارة الثوب وخياطته ، ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه ، أو يدبره، أو يكاتبه . انظر : شرائع الإسلام (٢/٣٣، ٣٤).

يلائمه، حتي لو تضمن منفعة مطلوبة : كأن يشترط البائع منفعة في المبيع .

ومن ثم نري المذهب الحنبلي يصحح أكثر الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين .

ومن تطبيقات ذلك :

– أجاز أحمد –رضي الله عنه – في إحدي الروايتين عنه شرط الخيار في النكاح. أي : أن أحد العاقدين يشترط لنفسه فسخ عقد الزواج مدة معلومة بعد عقده، بحيث لو مضت المدة، ولم يفسخ أمضي العقد[1] .

وقد قال الشيخ أبو زهرة في تعليل ذلك : « ولعله أجاز ذلك الشرط لعدم وجود دليل يمنعه (أولا) ؛ ولأن الحاجة قد تدعو إليه (ثانيًا) ، فإن الشخص قد يكون علي غير علم تام بحال الطرف الآخر من العقد، وهو عقد الحياة فلا بد أن تتوافر حرية الاختيار كاملة عند إنشائه ، فاشتراطه حق الفسخ مدة معلومة يدفع ضرراً محتملاً إذ يدفع الغرر والخديعة »[2] .

– ويجوز أحمد – أيضًا – في النكاح عامة الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح ؛ لما في الصحيحين عن النبي – ﷺ – : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج »[3] ، وهذا يقتضي – عند

(١)– انظر : الفروع (٥/٢١٧، ٢١٨) ، مجموع الفتاوي (٣/٤٧٤).

(٢)– ابن حنبل (٣٤٩) . قال الشيخ أبو زهرة : « ولنا في ذلك نظر خلاصته أن عقد الزواج تسبقه مفاوضات طويلة من شأنها أن تعرف كلاً من الزوجين بصاحبه، واشتراطه الخيار مدة لا يزيد شيئا ؛ فكل شيء كان يمكن أن يعلم ، ومثل هذا الشرط يكون فيه إيحاش للطرف الآخر، ولذا نهي مالك عن الزواج علي الشرط، وطلب الزواج علي الدين».

(٣)– أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب : « الشروط في المهر عند عقدة النكاح» . البخاري مع الفتح(٥/٣٨٠).

أحمد – أن الشروط في النكاح أوكد منها في البيع، والإجارة (أي : أوكد منها في عقود المبادلات المالية) : فيجوز أحمد أن تشترط المرأة ما يملكه الزوج بالإطلاق ، فتشترط أن لا تسافر معه، ولا تنتقل من دارها ، وتزداد علي ما يملكه بالإطلاق ، فتشترط أن تكون مخلية به فلا يتزوج عليها، ويشترط كل واحد من الزوجين في الآخر صفة مقصودة : كاليسار، والجمال ، ونحو ذلك ، ويملك الفسخ بفواته، وهو من أشد الناس قولا بفسخ النكاح، وانفساخه ، فيجوز فسخه بالعيب : كما لو تزوج عليها وقد شرطت عليه أن لايتزوج عليها، وبالتدليس : كما لو ظنها حرة فبانت أمة، وبالخلف في الصفة – علي الصحيح – : كما لو شرط الزوج أن له مالاوظهر بخلاف ما ذكر (١) .

– وأجاز أحمد للبائع أن يبيع ويشترط منفعة المبيع له مدة معلومة : كخدمة العبد، وسكني الدار، ونحو ذلك إذا كانت تلك المنفعة مما يجوز استيفاؤها في ملك الغير، اتباعًا لحديث جابر لما باع النبي – ﷺ – جمله واشترط ظهره إلي المدينة (٢) .

– وأجاز العتق مع تقييده بخدمة السيد أو غيره، وذلك لأن أم سلمة أعتقت عبداً لها ، واشترطت أن يخدم النبي –ص – ما عاش (٣) .

– وأجاز أحمد – رضي الله عنه – أن يقيد الملك المطلق عند مباشرة سببه بقيود تمنع التصرف المطلق ، أو تقيد طريق الانتفاع ، فاقر

(١)– الفتاوي الكبري (٣/٤٧٥) ، وانظر : كشاف القناع (٥/٩١).

(٢)– المصدر السابق (٣/٣٧٤) . وبهذا قال الزيدية . انظر : البحر الزخار (٤/٣٢٤، ٣٢٥).

وحديث جابر أخرجه البخاري في كتاب الشروط ، باب : « إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلي مكان مسمي جاز» . قال جابر : «بعته فاستثنيت حملانه إلي أهلي »، وقال محمد بن المنكدر عن جابر : «شرط ظهره إلي المدينة». البخاري مع الفتح (٥/٥٤).

(٣)– الفتاوي الكبري(٣/٣٧٤).

اشتراط البائع لأمة ألا ينتفع بها المشتري في الخدمة، بل تكون للتسري فقط. ففي جامع الخلال عن أبي طالب قال: «سألت أحمد عن رجل اشتري جارية فشرط عليه أن يتسري بها بأن تكون جارية نفيسة يحب أهلها أن يتسري بها. قال: لا بأس» (١).

هـ - وأجاز أحمد اشتراط البائع علي المشتري أنه إذا استغني عن المبيع وأراد بيعه، فهو له بثمنه، ففي جامع الخلال - أيضًا- عن أبي طالب قال: «سألت أبا عبد الله عن رجل اشتري من رجل جارية، فقال له: إن أردت بيعها، فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني؟. قال: لا بأس به، ولكن لا يطؤها، ولا يقربها وله فيها شرط؛ لأن ابن مسعود قال لرجل: لايقربنها، والآخر له فيها شرط»؛ ولأن الأبضاع علي التحريم حتي يكون دليل قاطع مثبت للحل. قال حنبل: قال عمر بن الخطاب - رضي بالله عنه- : «كل شرط في فرج فهو علي هذا»، وقد ذكره عمر لابن مسعود إذ ابتاع من امرأته جارية - علي هذا الشرط - أنْ لا يقربها (٢).

- وأجاز أحمد البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد، وصورته: البيع ممن يعامله من خباز، أو لحام، أو سمان، أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئًا معلومًا بشرط أن يحاسبه عند رأس الشهر، أو السنة علي الجميع، ويعطيه ثمنه، وبالجملة فإن العاقدين يجعلان الثمن هو السعر العام في وقت معين بالشرط، ويتفقان عليه.

وللفقهاء بخصوص هذا البيع - كما نقل ابن القيم - قولان، **الأول**: قول الأكثرين ببطلان مثل ذلك.

---

(١)- المصدر السابق (٣/٣٧٥).

(٢)- الفتاوي الكبري (٣/٤٧٦).

والقول الثاني– قال ابن القيم : وهو الصواب المقطوع به ، وهو عمل الناس في كل عصر، ومصر– : جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد ، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – ، وكان يقول : هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول : لي أسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري. وقال : والذين يمنعون من ذلك لايمكنهم تركه، بل هم واقعون فيه ، وليس في كتاب الله ، ولا سنة رسوله ،ولا إجماع الأمة ، ولا قول صاحب ، ولا قياس صحيح – ما يحرمه(١) .

وقد علق الشيخ أبو زهرة علي هذا بقوله : «هذا عقد قد كثر في زمننا الحاضر لم يستقم منطقه عند الفقهاء جميعًا ، ولكن استقام منطقه عند أحمد ، وعند الذين أدركوا مرامي الشريعة وغايتها من إصلاح الناس، وإقامة الحق بينهم من غير شذوذ ، ولا مثار للنزاع»(٢) .

وحاصل النظر في كل ما تقدم من التطبيقات التي عرض لها يؤكد ما سبق تقريره من أن مراعاة مبدأ حرية الشروط في العقود تصحيحا لها وإثباتًا يتوسل به الفقه الإسلامي إلي تحقيق مصالح الناس : جلبا للمنافع ، أو دفعًا للمضار.

ومن تمام مبدأ حرية الشروط في الفقه الحنبلي أنه اعتبر الشرط المتقدم علي العقد كالشرط المقترن به، فيكون حكمه حكم الشرط المقارن في الالتزام (٣) .

ونقول – هنا – في مذهب الإمام أحمد بخصوص هذا المبدأ بمثل ما قال به الشيخ أبو زهرة من ان الإمام أحمد الذي جعل آثار السلف أستاذه،

---

(١)– إعلام الموقعين (٤/٥،٦). (٢)– ابن حنبل (٣٥٥).

(٣)– انظر : كشاف القناع (٣/١٨٩)، (٥/٩٠) ، والإنصاف (٨/١٥٤).

فتخرج عليها، واهتدي بهديها، ولم يخرج عن سننها، ولم يسلك غير سبيلها، واقتبست روحه من نورها- قصد في العقود والشروط فيها ، وكثير من معاملات الناس إلي التوسعة بدل التضييق ، وإلي الإباحة دون المنع.

وبذلك قام الدليل علي أن الناس الذين يزعمون أن الرجوع إلي مسالك السلف الصالح فيه تضييق علي الناس - لم يعرفوا حقيقة هذه الآثار ، وكيف سلك الصحابة السبيل ، وكيف عالجوا المشاكل التي عرضت بروح الدين الذي جاء رحمة للناس ، ولم يجئ لإعناتهم وللتضييق عليهم. قال الشيخ : «وهذه عقود تقوم عليها الأسواق العالمية في العقود، قد كان في فقه أحمد متسع لها، وقد تبين أنه اهتدي في هذا بهدي السلف - رضي الله عنهم -»[1] .

وكل هذا حقيقته حماية إرادة المتعاقدين من أن يمضي عليهما عقد بغير ما اشترطاه دون اعتبار لمبدأ الرضائية ، أو أن يبطل عليهما عقد في احتياج إليه ، فيلحقهما الضرر بذلك، ويقع كل منهما في الحرج والمشقة.

وبناء عليه فإنه يكون في مراعاة مبدأ حرية الشروط قدر كبير من قطع مثل هذه الأضرار ، بقطع أسبابها من الحرج والمشقة.

ولذلك رأينا أن الفقه الحنبلي قد فرع علي هذا المبدأ أن الشرط الذي يكون في ذاته وبحسب طبيعته غير ملزم شرعًا للمشروط عليه ؛ إذ هو في الشروط كالعقد غير اللازم في العقود - يصح اشتراطه بالرغم من ذلك ، ولا يغلو ، وتكون ثمرة صحة اشتراطه - رغم عدم لزومه - : أن

---

(١)- ابن حنبل (٣٥٥).

الطرف المشروط لمصلحته يحق له فسخ العقد عند عدم الوفاء بالشرط .

جاء في كشاف القناع« شرطت أن لا يتزوج عليها ولا يتسري ، أو شرط لها طلاق ضرتها ..، فهذا النوع صحيح لازم للزوجة . بمعني : ثبوت الخيار لها بعدمه ..، وقولهم : إن هذا يحرم الحلال ليس كذلك ، وإنما يثبت للمرأة إذا لم يف به خيار الفسخ ، وقولهم : إنه ليس من مصلحة العقد ممنوع ، فإنه من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد : كاشتراط الرهن في البيع» [1] .

بل إن ابن تيمية يقرر أن الشروط الباطلة إذا لم يعلم المشترط بطلانها لم يلزمه العقد ، فيخير بين إمضاء العقد بدون الشرط، أو أن يفسخه .

قال ابن تيمية : « هذا هو الأصل ، وأما إلزامه بعقد لم يرض به، ولا ألزمه الشارع أن يعقده فهذا مخالف لأصول الشرع، ومخالف للعدل الذي أنزل الله به الكتاب ، وأرسل به الرسل » [2] .

ومن هنا فإنه يظهر أن الاجتهاد الحنبلي بهذا الخصوص هو الجدير بالخلود ؛ لتلبيته حاجات الناس عبر الأزمنة المتغيرة، والأمكنة المختلفة .

قال الشيخ الزرقا : «وهذا الاجتهاد الحنبلي ، وما علي أساسه وغراره في فهم نصوص الشريعة حول مبدأ سلطان الإرادة العقدية، لا يتقضي منه إعجاب المتأمل، وهو الاجتهاد الجدير بالخلود، فهو في باب العقود والشروط كالأفق الفسيح واسع محدود، ولكن حدوده هي الطبيعة نفسها!! ولا سيما إذا عرفنا أن مبدأ سلطان الإرادة الذي قرره الاجتهاد

---

(١)- كشاف القناع (٥/٩١).

(٢)- مجموع الفتاوي (٢٩/٣٥٢).

الحنبلي منذ اثني عشر قرنا استنباطا من نصوص الشريعة الخصيبة، وأصولها المحكمة الواضحة لم تكن لتعرفه أو تفهمه الشرائع العالمية والفقه الروماني، ولم تنتبه إليه الأفكار التشريعية والاجتماعية في أوربا إلا منذ قرنين ..، مع أن الإمام أحمد بن حنبل صاحب المذهب – رضي الله عنه – معدود من فقهاء مدرسة الحديث لا من مدرسة الرأي» (١) .

ثانيًا : المذهب المالكي :

الفقه المالكي يلي الفقه الحنبلي رتبة في مراعاة مبدأ حرية الشروط في العقود ، وهو بهذا يتقدم الفقهين : الحنفي ، والشافعي .

فالشرط الصحيح في مذهب مالك أوسع بكثير من الشرط الصحيح في مذهبي أبي حنيفة والشافعي .

فكل شرط يقتضيه العقد صحيح – وهذا لا خلاف فيه كما تقدم – فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع المشتري الثمن ، أو إذا اشترط المشتري أن يسلم البائع المبيع، أو أن يضمن العيب . قال الخرشي : « وبقي شرط يقتضيه العقد ، وهو واضح الصحة : كشرط تسليم المبيع ، والقيام بالعيب، ورد العوض عند انتقاض البيع ، وهو لازم دون شرط، فشرطه تأكيد » (٢) .

ولا يصح في مذهب مالك كل شرط يقتضيه العقد فحسب ، بل إنه يصح – أيضًا – كل شرط لا يناقض مقتضي العقد .

---

(١)– الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (٤٨٥/١، ٤٨٦).

وأثر عن ابن شبرمة مثل مذهب أحمد بهذا الخصوص . انظر : مقدمات ابن رشد (٢٠٥/٣)، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد (١٨٢/٢) ، وانظر : فتح القدير (٤٤١/٦).

(٢)– شرح الخرشي علي خليل مع حاشية العدوي (٨٠/٥).

ففي شرح الخرشي : « وشرط لا يقتضيه ، ولا ينافيه، وهو من مصلحته ، جائز ، لازم بالشرط، ساقط بدونه : كالأجل ، والخيار، والرهن ، ولا بأس بالبيع بثمن إلي أجل علي أن لا يتصرف ببيع ، ولا هبة ، ولا عتق حتي يعطي الثمن ؛ لأنه بمنزلة الرهن، إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمي »[1] .

فيصح عند المالكية الشرط الذي يلائم العقد، والشرط الذي جري به التعامل ، والشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ، ولو لم يكن العقد يقتضيه، أو يلائمه، ما دام الشرط نفسه لا يناقض مقتضي العقد .

ومثل هذا يفتح الباب واسعًا للتعامل ، فيرتفع الحرج والضيق عن الناس ، فلا يقع الضرر ، فيكون مراعاة مبدأ حرية الشروط سبيلا موصلا إلي قطع المضار، ودرء المفاسد عن طريق التوسعة علي الناس ورفع الحرج والمشاق، التي هي أحد مسببات حدوث المضرة .

ومن تطبيقات ذلك عند المالكية :

١- أنه يصح أن يشترط البائع علي المشتري أن يعتق العبد المبيع، أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معني في المبيع هو من معاني البر : كأن يقف الأرض المبيعة، أو يبني فيها مسجداً .

علي أنهم يشترطون لجواز مثل هذا - فيما لو اشترطه البائع علي المشتري - تعجيله ، وتنجيزه .

قال خليل : « إلابتنجيز عتق » : قال في شرح الحطاب « يعني أنه يستثني من الشروط المناقضة لمقتضي العقد تنجيز العتق، فإنه جائز لحديث

(١)- المصدر السابق (٥/ ٨٠، ٨٢) ، وانظر : شرح الحطاب (٤/ ٣٧٣).

بريرة، وقال في المدونة لأن البائع تعجل الشرط بما وضع من الثمن فلم يقع فيه غرر ، و احترز بالتنجيز من التدبير، والعتق إلي أجل ..، والظاهر أن اشتراط التحبيس (الوقف) كاشتراط تنجيز العتق »[1] ، وفي الخرشي : « ثم إن مثل شرط تنجيز العتق شرط الهبة، والصدقة عند مالك »[2] ، وفي بداية المجتهد :« فإن كان اشترط تعجيله جاز (أي : عند مالك) وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه » [3] .

٢- وأنه يصح أن يشترط البائع علي المشتري أن لايبيع ما اشتراه، أو يهبه، أو يعتقه حتي يعطي الثمن المؤجل، وفي هذا إيقاع معني في المبيع لضمان حق البائع.

وقد تقدم قول الخرشي في ذلك، وهو قول مالك نفسه . [4] .

٣- وأنه يصح أن يشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع مثل : أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة : كشهر، وقيل سنة، لحديث جابر الذي فيه أنه باع بعيره من النبي - ﷺ - واشترط حملانه إلي المدينة.

ففي الكافي : « وجائز بيع الدابة علي استثناء ركوبها اليوم ونحوه، وجائز بيع الدار واستثناء سكناها شهراً ، أو شهرين ، أو سنة، ونحو ذلك؛ لأنه شيء مأمون » [5] .

---

(١)- شرح الحطاب (٣٧٤/٣).

(٢)- شرح الخرشي (٨١/٥).

(٣)- بداية المجتهد (١٨٣/٢).

(٤)- انظر: الحطاب (٣٧٣/٤).

(٥)- الكافي لابن عبد البر (القسم الأول/٣٣٢) ، وانظر : بداية المجتهد (١٨٣/٢).

وفي مقدمات ابن رشد : أنه يجوز البيع والشرط «وذلك إذا كان الشرط صحيحًا ، ولم يؤد البيع به إلي غرر ولا فساد في ثمن ، ولا مثمون ، ولا إلي ما أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع، وذلك مثل : أن يبيع الرجل الدار ويشترط سكناها أشهراً معلومة، أو يبيع الدابة ويشترط ركوبها أيامًا يسيرة، أو إلي مكان قريب ......» (١) .

وقال اللخمي : «وإن باعه علي أن لا يبيعه من فلان وحده جاز ..، وإن قال : علي أن لا تبيع من هؤلاء النفر جاز ..» (٢) ، وهذ بخلاف ما إذا عمم و استثني قليلاً، كقوله : علي أن لا تبيعه جملة، أو لا تبيعه إلا من فلان ، فيكون فاسداً. (٣) .

وقد أجاد ابن رشد الحفيد في تلخيص وجهة الفقه المالكي بخصوص مبدأ حرية الشروط في العقود في كتابه «بداية المجتهد»، حيث قال :

«وأما مالك فالشروط – عنده- تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معًا ، وشروط تجوز هي والبيع معًا ، وشروط تبطل ويثبت البيع، وقد يظن أن عنده قسمًا رابعًا ، وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع.

وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء.

وإنما هي راجعة إلي كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع ، وهما : الربا، والغرر، وإلي قلته، أو التوسط بين ذلك.

---

(١)- مقدمات ابن رشد مع المدونة(٢٠٥/٢) ، وانظر : المدونة (٢٦٢/٣).

(٢)- الحطاب (٢٧٣/٤). (٣)- المصدر السابق .

أو إلي ما يفيد نقصاً في الملك .

فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط، أبطله ، وأبطل الشرط .

وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط فيه .

وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ......»[1] .

وهكذا يبين أن المذهب المالكي يجيز الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة، مالم يؤد البيع به إلي غرر، ولا فساد في ثمن أو مثمون ..، فتكون هذه الإجازة توسعة علي الناس في المعاملات التي ترجع إليها مصالحهم من جلب للمنفعة، أو دفع للمضرة .

وبناء عليه فإنه يثبت صحة ما تقرر من أن مراعاة مبدأ حرية الشروط في العقود ينبني عليه قطع المضار عن طريق رفع الحرج والمشاق بالتوسعة علي المكلفين ؛ إذ إن الحرج والمشاق بالتضييق علي الناس في أبواب التعامل يؤديان إلي وقوع الضرر، ويتسببان في إحداثه، فيكون رفعهما – بمراعاة مبدأ حرية الشروط توسعة علي الناس – رفعًا للمضرة، ودرءاً للمفسدة ليس في ذلك من شك .

---

(١)- بداية المجتهد (٢/١٨٢، ١٨٣).

والشرط الفاسد عند المالكية يكون في موضعين : إذا كان الشرط يناقض مقتضي العقد، وإذا كان يخل بالثمن كما في بيع وسلف . أي : بيع يتضمن قرضًا ، وكما في بيع الثنيا ، وصورته : أن يبتاع سلعة علي أن البائع متي رد الثمن فالسلعة له .

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال ، ولا يعمل به ، أما أثره في العقد: فتارة يبطله، وتارة أخري يبطل الشرط وحده، ويبقي العقد، وثالثة يبطل الشرط والعقد معًا إلا إذا نزل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ، ويبقي العقد.

انظر : مقدمات ابن رشد مع المدونة (٣/٢٠٥) ،وشرح الحطاب (٤/٣٧٣) ، والخرشي (٥/٨٠، ٨١) ،والبداية(٢/١٨٢ ، ١٨٣).

ثالثًا : المذهب الشافعي :

تضيق دائرة مبدأ حرية الشروط في المذهب الشافعي عن المذهبين الحنبلي، والمالكي ، فلايصح في هذا المذهب من الشروط إلا هذان النوعان :

الأول : ما هو من مقتضي العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس ، أو تسليم المبيع، أو الرد بالعيب، أو انتفاع المشتري به كيف يشاء ، وشبه ذلك (١) .

فمثل هذا الشرط وأشباهه - صحيح، « فيصح معه العقد، لأن اشتراطه تأكيد وتنبيه علي ما أوجبه الشارع » (٢) ؛ و« لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، فلم يبطله » (٣) .

والثاني : أن يشترط مالا يقتضيه إطلاق العقد ، لكنه يتعلق بمصلحة العقد، وقد يتعلق ذلك بالثمن : كشرط الرهن ، و الكفيل ، أو قد يتعلق بالمثمَّن : كشرط أن يكون العبد خياطا، أو كاتبا، وقد يتعلق بهما كشرط الخيار.

فهذه الشروط تصح في أنفسها ولا تفسد العقد (٤) .

قال في المهذب : « فإن شرط مالا يقتضيه العقد ، ولكن فيه مصلحة : كالخيار ، والأجل، والرهن، والضمين لم يبطل العقد؛ لأن الشرع ورد بذلك » (٥) .

---

(١)- انظر : المجموع للنووي (٣٦٤/٩).

(٢)- أسني المطالب شرح روض الطالب (٣١/٢).

(٣)- المهذب مع المجموع (٣٦٣/٩).

(٤)- الروضة للنووي (٤٠٣/٣، ٤٠٤).

(٥)- المهذب مع المجموع (٣٦٣/٩).

وقال في المجموع« الثاني : أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد، لكن فيه مصلحة للعاقد : كخيار الثلاث، والأجل ، والرهن ، والضمين ، والشهادة، ونحوها، وكشرط كون العبد المبيع خياطا ، أو كاتبا، ونحوه ، فلا يبطل العقد – أيضا– بلا خلاف ، بل يصح ويثبت المشروط »[1] .

علي أن هذا الضيق في دائرة مبدأ حرية الشروط في المذهب الشافعي ينفرج شيئًا ما كما لو باع عبداً ، أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري.

وقد لاحظ ذلك الشيخ أبو زكريا الانصاري في شرحه المسمي « أسني المطالب » حيث قال في شرح عبارة الروض هذه « وإن لم يكن (أي: الشرط) من مصلحة العقد : كاستثناء سكني الدار شهراً ونحوه ففاسد يفسد البيع»– : وظاهره امتناع كل شرط ، لكن فهم منه أن المعني فيه تأديته إلي بقاء علقة بعد العقد قد يثور بسببها نزاع بين العاقدين ، وقد يفضي إلي فوات مقصود العقد، فحيث انتفي هذا المعني صح الشرط ، وقد ورد في بعض الشروط نصوص بصحتها ..، منه ما ذكره بقوله :« إلا العتق » [2] .

قال في نهاية المحتاج : « ولو باع عبداً بشرط إعتاقه عن المشتري أو أطلق فالمشهور صحة البيع والشرط ؛ لخبر بريرة المشهور، ولتشوف الشارع للعتق ، علي أن فيه منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء ، وفي الآخرة بالثواب ، وللبائع بالتسبب فيه » [3] .

---

(١)– المجموع (٣٦٤/٩)

(٢)– أسني المطالب (٣٢/٢).

(٣)– نهاية المحتاج (٤٥٦/٣) . وقد قال النووي في المجموع (٣٦٤/٩) : إنه الصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي في معظم كتبه، وقطع به المصنف(أي : صاحب المهذب) ، وأكثر الأصحاب أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به .

وحكي الخراسانيون فيما إذا باع داراً ، واشترط البائع سكناها، أو دابة واستثني ظهرها وبيّن المدة المستثناة ، وعلما قدرها - : وجهين ، (أحدهما) يصح البيع والشرط؛ لحديث جابر وقصة جمله . قال النووي : « وحكي القاضي أبو الطيب هذا الوجه عن ابن خزيمة من أصحابنا، وبه قال ابن المنذر » [1] .

ومثل هذا الانفراج في دائرة مراعاة حرية الشروط يتوسل به إلي التوسيع علي الناس في أمور المعايش والمعاملات رفعًا للحرج والمشقة، فلا يقع الضرر.

رابعًا : المذهب الحنفي:

إن النظر في كتب الفقه الحنفي يجعلنا نخلص إلي تلك النتيجة التي مفادها أن دائرة مبدأ حرية الشروط في العقود تضيق إلي حد كبير في هذا المذهب [2] ربما علي نحو يفوق ما عند الشافعية ؛ إذ القياس - عندهم- أن كل شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين فاسد .

---

(١)- انظر : المجموع للنووي (٣٦٩/٩).

(٢)- ومذهب الظاهرية أشد في هذا من مذهب الحنفية ، فابن حزم الظاهري يبطل الشروط كافة إلاسبعة شروط : اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلي أجل مسمي ، واشتراط تأخير الثمن إن كان دنانير أو دراهم إلي أجل مسمي، واشتراط أداء الثمن إلي الميسرة وإن لم يذكر أجلا، واشتراط صفات المبيع...، واشتراط أن لا خلابة، وبيع العبد أو الأمة فيشترط المشتري مالهما أو بعضه...، أو بيع أصول نخل فيها ثمر وقد أبرت قبل الطيب أو بعده، فاشترط المشتري الثمرة لنفسه. قال ابن حزم : « فهذه ولا مزيد، وسائرها (أي : الشروط) باطل كما قدمنا : كمن باع مملوكا بشرط العتق، أو أمة بشرط الإيلاد ، أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة قلت ، أو كثرت أو إلي مكان مسمي قريب أو بعيد أو داراً واشترط سكناها ساعة فما فوقها أو غير ذلك من الشروط كلها (يعني أنها جميعًا باطلة) » انظر : المحلي (٨ / ٤١٢، ٤١٣) .

والشرط الصحيح ما كان من مقتضي العقد : كشرط الملك للمشتري، أو شرط تسليم الثمن، أو المبيع ، وكذلك الشرط الذي لايقتضيه العقد، لكنه ملائم له، وذلك نحو ما إذا باع علي أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلاً، وكشرط جري العرف به، وهذان الأخيران جائزان إستحسانا لا قياسًا - كما سيأتي - ، والقياس عدم جوازهما .

جاء في الدر المختار : « فيصح البيع بشرط يقتضيه العقد : كشرط الملك للمشتري. .، أولا يقتضيه لكن يلائمه : كشرط رهن معلوم ، وكفيل حاضر. . . . » (١) .

وجاء في البدائع : أنَّ الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساده : كما إذا اشتري بشرط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك الثمن . .، أو اشتري جارية علي أن تخدمه، أو دابة علي أن يركبها . .، ونحو ذلك، فالبيع جائز ، لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط ، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريراً لمقتضي العقد، فلا توجب فساد العقد(٢)

وقال في المبسوط : « ثم الشرط في البيوع علي أوجه، إما ان يشترط شرطا يقتضيه العقد، كشرط الملك للمشتري في البيع، أو شرط تسليم الثمن، أو تسليم المبيع، فالبيع جائز ؛ لأن هذا بمطلق العقد يثبت ، فالشرط لا يزيده إلا وكادة» (٣) .

فهذه النصوص ظاهرة في الدلالة علي أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف في صحته، بل إن صحته أمر بدهي ؛ إذ هو محض تقرير لمقتضي العقد، ومقتضي العقد لازم دون شرط ، فيكون شرطه تاكيداً وبيانًا .

---

(١)- الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/٨٦، ٨٧).

(٢)- بدائع الصنائع (٥/ ١٧١). (٣)- المبسوط (١٤/٣).

أما الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم له فقد نص عليه في البدائع قال الكاساني : «وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد – لا يوجب فساد العقد – أيضًا – ؛ لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعني ، مؤكد إياه..، فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد، وذلك نحو ما إذا باع علي أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا ، أوكفيلاً، والرهن معلوم، والكفيل حاضر فقبل ، وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن : أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلومًا، أو مجهولا، فإن كان معلومًا فالبيع جائز استحسانًا ، والقياس الا يجوز ؛ لأن الشرط الذي يخالف مقتضي العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة ممايخالف مقتضي العقد فكان مفسداً ، إلا أنا استحسنا الجواز؛ لأن هذا الشرط لو كان مخالفا مقتضي العقد صورة فهو موافق له معني ؛ لأن الرهن بالثمن شرع توثيقًا للثمن، وكذا الكفالة، فإن حق البائع يتأكد بالرهن، والكفالة، فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضي العقد معني ، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن، وانه لا يوجب فساد العقد، فكذا هذا »[1] .

وهنا فإنه يظهر أن الحنفية يعدلون عن مقتضي حكم القياس إلي موجب الاستحسان بالمصلحة وذلك لينفرج ضيق دائرة مبدأ حرية الشروط في المذهب توسعة علي الناس ، ورفعًا للحرج عنهم ، ورعاية لمصالحهم : جلبًا للمنافع ، ودفعًا للمضار.

ويلجأ الحنفية مرة أخري إلي الاستحسان لتوسيع دائرة مبدأ حرية الشروط، غير أن الاستحسان هذه المرة بالعرف ، وذلك لرفع الحرج والمشاق حتي لا يقع بالناس ضرر من منع مالوفهم وما جري عليه تعاملهم .

---

(١) بدائع الصنائع (١٧١/٥).

جاء في المبسوط : « وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد، وفيه عرف ظاهر، فذلك جائز - أيضًا-، كما لو اشتري نعلا وشراكًا بشرط أن يحذوه البائع؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزع عن العادة الظاهرة حرجًا بينًا » (١) .

وقال في البدائع : « وكذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد، ولا يلائم العقد - أيضًا- ، لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز : كما إذا اشتري نعلاً علي أن يحذوه البائع، أو جرابا علي أن يخرزه له خفًا ، أو ينعل خفه، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر، ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع » (٢) .

وهكذا يبين أن توسيع دائرة مبدأ حرية الشروط في العقود يتوسل به إلي رفع الحرج والمشاق عن الناس في أمور المعاملات والمعايش التي ترجع إليها مصالحهم في هذه الدار سواء كانت هذه المصالح جلب منافع ، أو دفع مضار ودرء مفاسد، فيكون العمل بمثل هذا المبدأ - في نهاية الأمر - سبيلا موصلا إلي ما جاءت به الشريعة من قطع الضرر : رفعًا له، وإزالة لأسبابه .

وبالجملة فإنه يصح القول بأن هذا المبدأ يعمل في نطاق تحقيق وتأكيد مراعاة الشريعة للضرر؛ ولذا فإننا رأينا فقهاء الحنفية يعدلون عن مقتضي القياس الذي يضيق من هذا المبدأ إلي موجب الاستحسان بالمصلحة ، أو العرف توسيعًا لدائرة اعتباره رعاية لمصالح الناس وتكميلها، وتعطيلاً للمضار وتقليلها .

---

(١) - المبسوط (١٣/١٤، ١٥).

(٢)- البدائع (٥/١٧٢).

خلاصة هذا المبحث :

وخلاصة هذا المبحث: أن الفقه الإسلامي عرف مبدأ حرية الشروط في العقود حماية لإرادة المتعاقدين من أن يمضي عليهما عقد لا يرضيانه فيلحقهما الضرر بذلك، أو من أن يبطل عليهما عقد يحتاجان إليه، فيقع كل منهما في حرج ومشقة، ومفسدة ومضرة، وذلك علي تفاوت في مذاهبه ، ووفق ما عرض له من تفصيلات في كل مذهب.

- وأن مذهب الحنابلة - ومثله مذهب ابن شبرمة - يعد أوسع المذاهب الفقهية مراعاة لمبدأ حرية الشروط في العقود، ويليه في ذلك المذهب المالكي، أما المذهبان الشافعي، والحنفي فهما دون ذلك، وقد لوحظ علي هذين المذهبين قدر كبير من التقارب بهذا الخصوص.

-وأن حاصل النظر في العمل بمبدأ حرية الشروط : أنه كثيراً ما يكون عملاً في نطاق قطع الشريعة للضرر : رفعًا له، وإزالة لأسبابه؛ إذ إن حقيقة العمل بهذا المبدأ - كما تبين للبحث - يتوسل بها إلي التوسعة علي الناس في أمور المعاملات والمعايش ؛ لرفع الحرج والمشاق عنهم ، ومن ثم يرتفع الضرر الواقع ؛ لأنه يقع الضرر - هنا - فيما لو ضيقنا دائرة مراعاة مبدأ حرية الشروط كنتيجة طبيعية لما يلحق الناس من الحرج والمشقة، فيكون رفعهما بمراعاة هذا المبدأ رفعًا للضرر المنبني عليهما ما في ذلك من شك .

- وأن البحث لكل هذا يميل إلي اعتماد مذهب الحنابلة بهذا الخصوص، ويري أنه المناسب لما جاءت به الشريعة من رعاية مصالح الخلق، وأنه الأقدر علي مواكبة حاجات الناس عبر الأزمنة، والأمكنة.

ونتحول الآن إلي دراسة العلاقة بين الضرر ومبدأ الباعث غير المشروع وذلك من خلال المبحث التالي :

المبحث الرابع

في العلاقة بين الضرر ومبدأ الباعث غير المشروع

من قواعد الشريعة المجمع عليها قاعدة: «الأمور بمقاصدها» [1] التي معناها: أن الأعمال مرتبطة بالنيات، ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال، وسائر التصرفات، وهي المرجع في الحكم علي كل ذلك من حيث الحل والحرمة، والصحة والفساد.

قال ابن القيم: «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات، والعبارات كما هي معتبرة في التقربات، والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً، أو حرامًا، وصحيحًا، أو فاسداً، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة، أو مستحبة، أو محرمة، أو صحيحة، أو فاسدة، ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر» [2]، وبعد أن ذكر - رحمه الله تعالي - جملة من النصوص [3] تثبت ذلك قال: «فهذه النصوص وأضعافها تدل علي أن المقاصد تغير أحكام التصرفات من العقود وغيرها، وأحكام الشريعة تقتضي ذلك - أيضًا - » [4].

---

(١)- انظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي (١ / ٥٤)، وللسيوطي (٨)، ولابن نجيم (٢٧).

(٢)- إعلام الموقعين (جـ٣/٩٥، ٩٦).

(٣)- المصدر السابق، ومن هذه النصوص: قول الله - تعالي -: ﴿ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا﴾. قال ابن القيم: «وذلك نص في أن الرجعة إنما ملكها الله - تعالي - لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار»، وقول الله - تعالي -: «.. من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار». قال ابن القيم: «فإنما قدم الله الوصية علي الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها، وعدم تنفيذها ...»، ومن ذلك قوله - ﷺ -: «صيد البر لكم حلال وأنتم حرم مالم تصيدوه، أو يصد لكم». قال ابن القيم: «وتأمل كيف حرم علي المحرم الأكل مما صاده الحلال إذا كان قد صاده لأجله؟ فانظر كيف أثر القصد في التحريم ولم يرفعه ظاهر الفعل».

(٤)- إعلام الموقعين (٣٠/٩٨، ١٠٩).

وقال - أيضًا- في موضع آخر : «وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده علي أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد، وفساده، وفي حله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما، فيصير حلالا تارة، وحرامًا تارة أخري باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحًا تارة، وفاسداً تارة باختلافها» (١) .

وبناء عليه فإن «الصور الحسية التي توجد في الخارج لأي أمر من الأمور - لا تأخذ حكمًا شرعيًا بالاستناد إلي محسوسيتها فقط، بل للانضمام للمقصد والغرض الذي هو الحامل - الباعث - علي إيقاع تلك الصورة وإحداثها» (٢) ، فمن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغي الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها ، بل جرت علي غير قصد منه . . .، فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها دون ظواهر ألفاظها ، وأفعالها (٣) .

والأصل في هذه القاعدة حديث النبي - ﷺ - : **«إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوي»** (٤) .

قال ابن رجب : وقد استدل بقوله - ﷺ - «الأعمال بالنيات . . . .» علي أن العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل إلي ما هو محرم - غير صحيحة : كعقود البيوع التي يقصد بها معني الربا ونحوها ، كما

---

(١)- إعلام الموقعين (٣٠/٩٨، ١٠٩).

(٢)- شرح الأدلة الأصلية علي مجلة الأحكام العدلية (١/٨) لمحمد سعيد مراد الغزي . ط : حكومة دولة دمشق ١٣٤٠هـ- ١٩٢٤م .

(٣) - إعلام الموقعين (٣/٩٥).

(٤)- أخرجه البخاري، البخاري مع الفتح (١/١٥) ، كتاب بدء الوحي، باب : «كيف كان بدء الوحي» .

هو مذهب مالك وأحمد وغيرهما، فإن هذا العقد إنما نوي به الربا لا البيع، «وإنما لكل امرئ ما نوي» [1] .

ومن ثم تبرز أهمية اعتبار القصود الباعثة علي إنشاء التصرفات، والدافعة إلي وقوع الأفعال ، وصدور الأقوال؛ لترتب الحل والحرمة، والصحة والفساد عليها،وذلك بالنظر إلي كونها مشروعة،أو غير مشروعة.

فكل تصرف مأذون فيه يكون القصد الباعث علي إنشائه مشروعًا - فإنه يقع صحيحًا ، ويترتب عليه أثره ، والعكس صحيح ؛ إذ إن القصد غير المشروع الذي يبعث علي التصرفات يؤول إلي المفسدة والمضرة؛ لما ثبت من أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها ، فيكون ما ليس مشروعًا خارجًا عن نطاق تحصيل المصالح وتعطيل المفاسد، وهذا هو المتصور في الباعث الذي يقع علي نقيض قصد الشارع.

إذًا فالباعث غير المشروع سبيل جلب للمضار والمفاسد، ومثل هذا يقتضي بيان موقف الشريعة من مبدأ الباعث، وعلاقة ذلك بقطع الضرر : رفعًا له، وإزالة لآثاره، ونعرض لذلك علي النحو التالي :

- الباعث في الفقه الإسلامي :

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ الرضائية في العقود تأسيسًا علي احترام سلطان الإرادة ، ويقضي هذا المبدأ بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين دون توقف علي شيء من الاجراءات الشكلية .

---

(١)- جامع العلوم والحكم ص (٢٠).

علي أن هذه الإرادة قد يحركها باعث لإنشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية (من توافر الإيجاب والقبول ، والأهلية التامة للعاقدين، ومحلية العقد القابلة لحكمه)؛ وذلك لتحقيق أغراض غير مشروعة تجاوز الحدود الأخلاقية ، أو المصلحة العامة ، أو بعبارة أخري تناقض مقاصد التشريع .

فوقاية مما يؤول إليه ذلك من تحقيق أغراض غير مشروعة جاءت الشريعة بمبدأ الباعث كقيد علي «مبدأ الرضائية» ؛ حتي لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشيء من تصرفات، هي في ظاهرها جائزة، ولكن في تنفيذها – بالنظر إلي ما تهدف إليه من غاية نهائية – ما يمس المصلحة العامة، أو يهدم مقاصد التشريع [١] .

– تحديد معني الباعث (غير المشروع) علي ضوء ما سبق

الذي يظهر مما تقدم أن الباعث (غير المشروع) معناه : الدافع الرئيسي علي التصرف الذي ترمي إرادة منشئه إلي تحقيق غرض غير مشروع .

ومفهوم غير المشروع : أنه المناقض لمقاصد التشريع، والمعارض لنظامه العام، المخالف لمقرراته الأخلاقية وآدابه العامة .

فعقد البيع – مثلا– من نتائجه المباشرة : انتقال ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع، فإذا كان الباعث علي البيع غرضًا غير مشروع لأحد المتعاقدين، أو لكليهما : كمن يشتري عصيراً ليتخذه خمراً – مثلاً– فهل ينعقد البيع صحيحًا ، أو أنه يكون باطلاً باعتبار أن الباعث غير مشروع ؛ لأنه يرمي إلي تحقيق غرض يحرمه الشارع؟

---

(١)– نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للدكتور الدريني (٢٠٧) .

وسوف نعرض لمذاهب العلماء في ذلك بعد قليل، علي أنه يظهر من مجموع ما ذكر أن الباعث أمر نفسي ، ذاتي ، خفي، وخارج عن نطاق التعاقد؛ ليس بركن في العقد ، ولا شرطًا له، فهو لا يدخل في ماهية العقد، ولا يتوقف عليه وجوده.

وإذا كان الباعث ذاتيا فهو متغير : يتغير من عقد إلي عقد بتغيير المتعاقدين [1] .

ولعل هذا هو ما جعل بعض العلماء يقضي بعدم اعتبار الباعث تحقيقًا لاستقرار التعامل ، لكن سوف نري أن اعتبار الباعث ومراعاته وسيلة يتوسل بها الفقه الإسلامي إلي إبطال التصرفات التي ظاهرها الجواز ويقصد بها الوصول إلي أغراض تمس المصلحة العامة وتهدم مقاصد التشريع وتؤدي إلي وقوع المضار ، ومن ثم فإنه يقضي بمراعاة هذا الباعث واعتباره درءاً للمفسدة وقطعًا للمضرة .

- مكانة الباعث في الفقه الإسلامي :

يجمع الفقه الإسلامي بين النزعتين : الموضوعية، والذاتية ، فهو أولا فقه ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالعبارة الظاهرة عن الإرادة - في التصرفات - دون الإرادة ذاتها ، بمعني : أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه، كل ذلك يكون منوطًا بالكيان التعبيري للتصرف الذي تفصح عنه العبارة ، من غير اكتراث بما هو وراءه من الأمور النفسية الخفية كالبواعث ، وما قد يعبر عنه بالإرادة الباطنة .

---

(١)- مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري (٢٦/٤) . ط : معهد البحوث والدراسات العربية ، الطبعة الثالثة ١٩٦٧.

على أن الفقه الإسلامي من جهة أخرى فقه ديني الصبغة ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والأدبية المقام الأول في تشريعه، فهو يقوم على دعامة خلقية، وقد تظاهرت نصوص كثيرة على توطيد ذلك (١) .

ومثل هذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي تقاس به شرف النوايا، وطهارتها (٢) ، فكان الفقه الإسلامي ذا نَزْعَةٍ ذاتية – أيضًا – ، ويؤكد من ذلك ما سوف نعرض له من تطبيقات تفصيلية .

والحاصل : أن الفقه الإسلامي يجمع بين هاتين النزعتين ، ففي بعض مذاهبه نرى الباعث يختفي تحت ستار من صيغة العقد ، والتعبير عن الإرادة ، فلا يعتد بالباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به .

وفي مذاهب أخرى تتغلب العوامل الأدبية ، والخلقية ، والدينية فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة . أي : ولو لم يذكر في العقد، ويكون العقد صحيحًا ، أو باطلاً تبعًا لما إذا كان هذا الباعث مشروعًا ، أو غير مشروع .

فنظرية الباعث يختلف إذًا حظها في المذاهب المختلفة ، فهي ضامرة محدودة في المذهبين : الحنفي والشافعي ؛ وذلك مطاوعة للنزعة الموضوعية البارزة في الفقه الإسلامي ، وهي زاهرة يانعة في المذهبين : المالكي والحنبلي، وذلك تمشيًا مع العوامل الأدبية ، والخلقية ، والدينية التي لها الغلبة في الفقه الإسلامي (٣) .

---

(١)– من ذلك – مثلا – قول الله – تعالي – : ﴿ وتعاونوا علي البر والتقوي ولا تعاونوا علي الإثم والعدوان ﴾ آية (٢) سورة المائدة، وقوله : ﴿ إن الله يأمر بالعدل والإحسان ...﴾ آية (٩٠) سورة النحل ، وقوله : ﴿ قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغي بغير الحق ...﴾ آية (٣٣) سورة الأعراف، وغير ذلك من النصوص.

(٢)– مصادر الحق (٤ / ٥١).

(٣)– المصدر السابق (٤/ ٥١، ٥٢).

وتفصيل ذلك علي هذا النحو :

أولاً : موقف المذهبين : الحنفي ، والشافعي من مبدأ الباعث :

لا يعتد المذهبان : الحنفي، والشافعي - بالباعث إلاإذا تضمنته صيغة العقد، فالباعث المعتبر يجب أن يكون داخلاً في صيغة العقد، بمعني : أن يتضمنه التعبير عن الإرادة .

وبناء عليه فإن المذهبين يقفان عند الإرادة الظاهرة، وما تضمنته من بواعث ودوافع، ولا يجاوزان هذه الإرادة للبحث في النوايا الخفية .

فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثًا غير مشروع، فالعقد صحيح ويجاز بحكم الظاهر دون بحث عن النية .

جاء في مختصر الطحاوي : «ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلي من يأمنه أن يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه ؛ لأن العصير حلال ، فبيعه حلال : كبيع ما سواه من الأشياء الحلال، مما ليس علي بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ، ولا ضمنا أن يتخذه المشتري خمراً ، فالبيع في هذه الحال صحيح ، ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمراً» (١) .

وقال الشافعي في الأم : إنَّ « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحًا في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف علي أن يقتل به ، ولا يحرم

(١)- مختصر الطحاوي (٢٨٠).

علي بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما ؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرًا، ولا أفسد عليه هذا البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن أن لا يجعله خمرًا أبدًا ، وفي صاحب السيف الا يقتل به أحدًا أبدًا ، ولو نكح رجل امرأة عقدًا صحيحًا، وهو ينوي الا يمسكها إلا يومًا أو اقل ، او أكثر ، لم افسد النكاح ، وإنما أفسده أبدًا بالعقد الفاسد » [١] .

وهكذا نري أن المذهبين لا يعتدان إلا بمشروعية محل العقد مادام لم يرد في صيغته، أو لم يمكن أن يستخلص من المحل – ما يسفر عن الباعث.

علي أن المذهبين يعتدان بالباعث إذا تضمنته صيغة العقد، ولذلك ثلاث صور:

الصورة الأولي : أن تتضمن صيغة العقد الباعث صراحة : بأن يكشف المتعاقدان بوضوح عن الباعث الدافع لهما علي التعاقد .

فإذا كان هذا الباعث مشروعًا فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل .

الصورة الثانية : أن يكون الباعث متضمنا في صيغة العقد غير مصرح به ، ويستخلص ذلك – عادة – من طبيعة المحل ، فإذا كانت طبيعة المحل يستفاد منها أن الباعث الدافع إلي التعاقد غير مشروع فالعقد باطل . ومثل هذا ظاهر في أنه يستدل علي الباعث بالمحل .

---

(١)- الأم (٦٥/٣)، (٣٣/٣)، (٤١/٤، ٤٢) ، (٧٠/٧)، وانظر : مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري (٧٨٥/٢، وما بعدها).

- وبهذا قال الزيدية ، ففي حدائق الأزهار أن «بيع كل ذي نفع حلال جائز، ولو إلي مستعمله في معصية غالبا».

وفي البحر أنه «يكره بيع العنب والعصير ممن يخمره...، والسلاح ممن يعصي به ...، وظاهر المذهب : الجواز وإنْ كُرِه » .

انظر : الحدائق مع السيل (١٩/٣) ، والبحر الزخار (٤ / ٣٠٠).

والصورة الثالثة : أنه قد يتميز الباعث عن المحل ، فيكون المحل مشروعًا، ولكن الباعث غير مشروع.

وأما تطبيقات ذلك فمما يختص بالصورة الأولي : أنه :« لاتجوز إجارة الإماء للزنا ؛ لأنها إجارة علي المعصية ، وقيل فيه نزل قوله – تعالي – : ﴿ **وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا** (١) ﴾(٢) ». وواضح من هذا النص أن صيغة العقد قد تضمنت صراحة الباعث الدافع علي الإجارة، وهو غير مشروع، ومن ثم كان عقد الإجارة باطلاً.

وهذا ظاهر في أن مراعاة الشريعة للباعث كان وسيلة لإبطال هذا التصرف المشتمل علي مفسدة (مضرة) الزنا.

وبناء عليه فإنه يصح القول بأن مبدأ الباعث يعمل في نطاق قطع الشريعة للضرر: رفعًا له ، وإزالة للآثار المترتبة عليه عن طريق إبطال التصرفات المؤدية إليه، والمتسببة فيه .

ومن التطبيقات – أيضًا – أنه « لو اشتري قمرية علي أنها تصوت..، أو كبشًا علي أنه نطاح، أو ديكا علي أنه مقاتل – فالبيع فاسد عند أبي حنيفة – رحمه الله – ، وهو إحدي الروايتين عن محمد – رحمه الله – ....؛ ولأن هذه صفات يتلهي بها عادة ، والتلهي محظور ، فكان هذا شرطا محظوراً ، فيوجب فساد البيع ....»

---

(١)– آية (٣٣) سورة النور.

(٢) انظر: البدائع (١٩٠/٤)، وفي «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي الشافعي (٥١٧/١): **أنه «لا تجوز (الإجارة) علي المنافع المحرمة ؛ لأنه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه : كالميتة، والدم ...».**

ولو اشتري جارية علي أنها مغنية علي سبيل الرغبة فيها، فالبيع فاسد؛ لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها في البيع يوجب فساده[1] » [2] .

ومن التطبيقات - أيضا - أنه « لا يجوز (الاستئجار) علي الغناء، والنوح، والملاهي ؛ لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو علي الأجر شيئا ؛ إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما علي الآخر، ولو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافا إلي الشارع من حيث إنه شرع عقداً موجبًا للمعصية تعالي الله عن ذلك علوا كبيراً . . . » [3] .

ومن تطبيقات ذلك - أيضًا- مالو « استأجر فحلاً لينزيه، لا يجوز ذلك، ولا أجر فيه، وكذا النائحة والمغنية . .، وإن استأجر المسلم ذميا ليبيع له خمراً، أو ميتا، أو دماً - لا يجوز . .

ولو استأجر رجلا لينحت له أصنامًا، أو ليزخرف له بيتا بالتماثيل - فلا أجر له كما لو استأجر نائحة ، أو مغنية . . . . . » [4] .

وكل هذا ظاهر في أن إبطال هذه التصرفات - وبالتالي رفع ما يترتب عليها من مفاسد ومضار - إنما يرجع إلي مراعاة الباعث، فيكون مبدأ مراعاة الباعث -كما هو واضح- سبيلا للشريعة تتوسل به إلي تحقيق مقاصدها في الخلق من تحصيل المنافع وتكميلها،وتعطيل المضار وتقليلها .

---

(١)- نقل النووي في الروضة (٣/٣٥٢) عن أبي زيد : أنه إن قصد الغناء بطل العقد، بأن كانت الجارية المغنية التي تساوي ألفا بلاغناء إذا اشتراها بألفين ، ويجري الخلاف في كبش نطاح، وديك هراش.

(٢)- انظر: البدائع (٥/١٦٩).

(٣)- تبيين الحقائق للزيلعي (٥/١٢٥).

(٤)- الفتاوي الخانية بهامش الهندية (٢/٣٢٣، ٣٢٤) ، واختلف الشافعية في إجارة الفحل للضراب ، والصحيح: أنه لا يجوز . المهذب (١/٥١٧).

وعلى هذا فإنه يتأكد كون مبدأ الباعث عاملا فى نطاق تحقيق قطع الشريعة للضرر.

وأما ما يختص من التطبيقات بالصورة الثانية (**الباعث المستخلص من المحل**) فمثاله ما جاء فى « البدائع » بخصوص بيع القرد. قال الكاسانى:

« وأما القرد فعن أبى حنيفة روايتان (يعنى فى بيعه) ، وجه رواية عدم الجواز: أنه غير منتفع به شرعًا ، فلا يكون مالا : كالخنزير.

ووجه رواية الجواز : أنه إن لم يكن منتفعًا به بذاته ، يمكن الانتفاع بجلده، والصحيح هو الأول ؛ لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة، بل هو للهو به، وهو حرام، فكان هذا بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز »(١) . فهنا استخلص الباعث على التعاقد من طبيعة المحل، فالقرد لا يشترى للانتفاع بجلده – عادة – ، بل للهو به، فكان هذا بيع الحرام للحرام.

وهذا ومثله يستفاد منه أن مبدأ مراعاة الباعث – وما ينبنى عليه من بطلان التصرف – كان وسيلة الشريعة لرفع ضرر التلهى ، وصرف الوقت ، والجهد، والمال فيما لا طائل من ورائه، ولا جدوى منه.

وفى البدائع – أيضًا – هذا الفرع التطبيقي، والذى حاصله أنه « يجوز بيع آلات الملاهى من البربط، والطبل ،والمزمار، والدف (٢) ، ونحو ذلك عند أبى حنيفة لكنه يكره، وعند أبى يوسف ومحمد لاينعقد بيع

---

(١)- البدائع (٥/ ١٤٣) ، وذكر النووي في الروضة : أن القرد مما ينتفع به، فيصح بيعه، وأن مالا ينتفع به، ولا نظر إلي منافعها المعدودة من خواصها - فلا يصح بيعه : كالعقارب ، والحيات . انظر : الروضة (٣/ ٣٥١).

(٢)- وعند الشافعية : أن آلات الملاهي إن كانت بحيث لا تعد بعد الرض والحل مالاً - لم يصح بيعها ؛ لأن منفعتها معدومة شرعًا ، وإن كان رضاضها يعد مالاً ففي صحة بيعها : وجهان، الصحيح : المنع ، وتوسط الإمام فذكر وجها ثالثًا اختاره هو والغزالي : أنه إن اتخذت من جوهر نفيس صح بيعها ، فأما من خشب ونحوه فلا ، والمذهب : المنع المطلق، وبه أجاب عامة الأصحاب. الروضة (٣/ ٣٥٢).

هذه الأشياء؛ لأنها آلات معدة للتلهي بها، موضوعة للفسق والفساد ، فلا تكون أموالاً ، فلا يجوز بيعها .

ولأبي حنيفة – رحمه الله – أنه يمكن الانتفاع بها من جهة أخري : بأن تجعل ظروفا لأشياء، ونحو ذلك من المصالح ، فلا تخرج عن كونها أموالا، وقولهما إنها آلات للتلهي والفسق ، قلنا : نعم ، لكن هذا لايوجب سقوط ماليتها: كالمغنيات، والقيان، وبدن الفاسق، وحياته، وماله، وهذا لأنها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره، فبقيت علي ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة، ولو كسرها إنسان ضمن عند أبي حنيفة – رحمه الله – ، وعندهما : لا يضمن، وعلي هذا الخلاف في بيع النرد والشطرنج، والصحيح: قول أبي حنيفة – رضي الله عنه – ؛ لأن كل واحد منهما منتفع به شرعًا من وجه آخر : بأن يجعل صنجات الميزان ، فكان مالا من هذا الوجه، فكان محلا للبيع مضمونًا بالإتلاف . . . »[1] .

فهنا اختلف الإمام مع صاحبيه، ولكنهم لم يختلفوا – فيما يري – في المبدأ الأساسي من أن الباعث إذا تضمنته صيغة العقد اعتد به، بل هم متفقون في ذلك.

فالصاحبان قد ذهبا إلي أن ماذكر معد بطبيعته للتلهي، موضوع للفسق والفساد، فاستخلصا بذلك من طبيعة المحل الباعث علي التعاقد ، بل إنهما ذهبا إلي ماهو أبعد من هذا ، فخلطا السبب بالمحل ، وأنكرا علي هذه الآلات أن تكون أموالاً ، ومن ثم فلا يجوز بيعها .

أما أبو حنيفة – رحمه الله – فقد حرص علي التمييز بين السبب والمحل، فآلات الملاهي أموال لا تسقط ماليتها لمجرد أنها تصلح للتلهي،

---

(١)– البدائع (٥/١٤٤).

فهي كما تصلح للتلهي تصلح لغيره : كأن تجعل ظروفًا لأشياء، ونحو ذلك من المصالح ، كما قد يجعل النرد والشطرنج صنجات للميزان.

فلما بيعت هذه الأشياء، ولم يذكر الباعث علي بيعها في صيغة العقد صراحة، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة المحل ؛ لما تقدم من أنه يصلح للأغراض المشروعة، وغير المشروعة- فقد اعتبر ابو حنيفة الباعث غير متضمن في صيغة العقد : لا صراحة، ولا ضمنا ، فلم يعتد به ، وصحح العقد.

فالمبدأ إذًا متفق عليه بين الإمام وصاحبيه، وإنما الخلاف في التطبيق .

علي أنه يري : أن الصاحبين قد استصحبا المألوف من طبيعة الأشياء، واعتبارهما آلات الملاهي أشياء موضوعة للتلهي لا يعد تجاوزًا ؛ إذ إن ذلك هو الأصل، وأما استعمالها كظروف ، أو صنجات فهذا نادر، والنادر لا حكم له.

وحكم هذه الأشياء حكم القرد قد ينتفع بجلده، ولكنه في الأصل إنما ينتفع به للتلهي ، ولذلك كان بيعه غير جائز في الرواية التي صححت عن أبي حنيفة نفسه – فيما تقدم– . [1].

ويقال – هنا – مثل ما سبق من أن مبدأ مراعاة الباعث في هذه المواضع وما ينبني عليه من بطلان التصرف – كان وسيلة الشريعة لرفع ضرر التلهي، وصرف الوقت والجهد والمال فيما لا طائل من ورائه ، ولا جدوي منه .

---

(١)– انظر : مصادر الحق (٥٩/٤).

وهذا هو ما يؤكد أن مبدأ الباعث يعمل عن طريق إبطال التصرفات في نطاق تحقيق مراعاة الشريعة للضرر: رفعًا له،وإزالة للآثار المترتبة عليه .

وأما ما يختص من التطبيقات بالصورة الثالثة (**تميز السبب عن المحل**) فمثاله: التعاقد علي أن يؤجر شخص (يعني : تدفع إليه أجرة) نظير قيامه بالواجب عليه، فالقيام بالواجب محل مشروع، والأجرة في ذاتها أمر مشروع ، ولكن الباعث علي التعاقد وهو أخذ الأجرة - غير مشروع ؛ إذ لا أجر علي واجب.

جاء في الفتاوي الخانية : أنَّ « أمير العسكر إذا قال لمسلم، أو ذمي إن قتلت ذلك الفارسي فلك مائة درهم، فقتله ، لا شيء له؛ لأن هذا من باب الجهاد ، والطاعة، فلا يستحق الأجر، كما لو استأجر ليؤم الناس، أو يؤذن. وقال محمد - رحمه الله تعالي - : إن قال ذلك لذمي يجب الأجر ....» (1).

وفي متن القدوري : «إن استأجرها وهي زوجته، أو معتدته لترضع ولدها - لم يجز ؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة» (2) . وقد فصل القول بهذا الخصوص الزيلعي - رحمه الله - وذلك حيث يقول «لا يجوز استئجار أم الصبي إذا كانت تحته، أو في عدته ؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة، قال الله - تعالي- : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ** ... الآية (3) ﴾ ، وهو أمر بصيغة الخبر ، وهو آكد، فلا يجوز أخذ الأجر عليه؛ ولهذا لا يجوز أن تأخذ الأجرة علي خدمة البيت من الكنس،

---

(1)- الفتاوي الخانية بهامش الهندية (٢/٣٢٢).

(2)- القدوري (٩٦).

(3) أية (٢٣٣) سورة البقرة .

وغيره، وإنما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت ، فإذا أقدمت عليها ظهرت قدرتها فلا تعذر، ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها - جاز ؛ لأنه لم يجب عليها إرضاعه » (١) .

وهذا ظاهر في الدلالة على أن الإرضاع مستحق ديانة (يعني : أنه واجب) علي الزوجة، والمعتدة ، فالتعاقد معها علي أجر مقابل ذلك هو من قبيل الأجر علي واجب ، وهذا لا يجوز .

فالمسألة علي هذا النحو تدور حول الأجر علي الواجب : فما كان واجبًا لا يؤخذ عليه أجر ، فإن أخذ الأجر، كان الباعث غير مشروع، فلا يجوز العقد .

ويقال - هنا- إن إبطال مثل هذه التصرفات من جهة أن الباعث عليها غير مشروع- يتوسل به إلي قطع المفاسد والمضار المتصورة فيما إذا أمضيت هذه التصرفات ؛ إذ إن إمضاءها يترتب عليه امتناع بعض الناس، أو كثير منهم عن القيام بالواجب عليهم ديانة إذا لم يعطوا علي ذلك أجرًا، فتنخرم الواجبات الشرعية التي ترجع إلي تحقيق مقصد : جلب المنافع، ودفع المضار ودرء المفاسد ، فيؤول أمر المجتمع إلي شر مستطير ، وفساد كبير.

وبناء عليه فإن كل واجب يكون مستحقا علي الإنسان ديانة إذا ظهر أن الباعث علي القيام به هو مجرد أخذ الأجر عليه فقط ليس غير، فإنه لا يصح التعاقد - مع من حاله كذلك - علي أجر لعمل الواجب؛ حفاظا علي المصالح العامة ، ورفعًا للضرر ودرءاً للمفسدة .

---

(١)- تبيين الحقائق (٦٢/٣، ٦٣).

ثانيًا: موقف المذهبين : الحنبلي ، والمالكي :

يعتد المذهبان : الحنبلي، والمالكي بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر في العقد، وقد تقدم بعض كلام ابن القيم في ذلك أول هذا المبحث ، وكلام ابن رجب .

ومن ثم فإن مبدأ مراعاة الباعث علي التعاقد في الفقهين : الحنبلي، والمالكي - وبخاصة الفقه الحنبلي - يعتد به سواء ذكر في العقد أو لم يذكر، ما دام الطرف الآخر عالمًا به [1] .

ومعني ذلك : أنه إذا كان الباعث مشروعًا فالعقد صحيح ، وإذا كان غير مشروع لم يصح العقد .

قال ابن القيم في بيان هذا المعني : «هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها . أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها؟» [2] ، وإجابة ابن القيم علي هذا التساؤل الذي قدمه أنه «قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده علي أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد، وفساده، وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريمًا،

---

(١)- وبهذا قال ابن حزم الظاهري ، ففي المحلي : أنه «لايحل بيع شيء ممن يوقن (يعلم) أنه يعصي الله به، أو فيه ، وهو مفسوخ أبدًا : كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمله خمرًا ، أو كبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها ... أو كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها علي المسلمين ». المحلي (٩/٢٩، ٣٠). وقريب من هذا مذهب الإمامية، فعندهم يحرم البيع لتحريم ما قصد به : كآلات اللهو مثل العود، والزَّمِر ... وآلات القمار : كالنرد والشطرنج ، ومثل هذا ما يفضي إلي المساعدة علي محرم: كإجارة المساكن والسفن لمحرمات، وكبيع العنب ليعمل خمرًا . انظر : شرائع الإسلام (٢/٩، ١٠).

(٢)- إعلام الموقعين (٣/١٠٩).

فيصير حلالاً تارة ، وحرامًا تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحًا تارة، وفاسداً تارة باختلافها، وهذا : كالذبح ، فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل، ويحرم إذا ذبح لغير الله، وكذلك الحلال يصيد الصيد للمحرم فيحرم عليه ،ويصيده للحلال فلا يحرم علي المحرم ، وكذلك الرجل يشتري الجارية ينوي أن تكون لموكله فتحرم علي المشتري، وينوي أنها له فتحل له، وصورة العقد واحدة، وإنما اختلفت النية والقصد، وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلي أجل، صورتهما واحدة، وهذا قربة صحيحة ، وهذا معصية باطلة بالقصد .

وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ملعون فاعله علي لسان الرسول - ﷺ - ، وعصره بنية أن يكون خلا ، أو دبسًا جائز ، وصورة الفعل واحدة .

وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلمًا حرام، باطل ؛ لمافيه من الإعانة علي الإثم والعدوان .

وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به في سبيل الله فهو طاعة وقربة»[١] .

وأيضًا فإنه - رحمه الله - قال : «المتكلم بصيغ العقود..، إن قصد بها مالا يجوز قصده : كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل، وبعت واشتريت بقصد الربا..، وما أشبه ذلك، فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم، وإسقاطا للواجب، وإعانة علي معصية الله ، ومناقضة

---

(١)- السابق(٣/ ١١٠، ١١١).

لدينه وشرعه، فإعانته علي ذلك إعانة علي الإثم والعدوان ....» [1] .

والحق أن هذا النص صريح في الدلالة علي أن مراعاة مبدأ الباعث غير المشروع يتوسل به إلي قطع المضار ودرء المفاسد عن طريق إبطال التصرفات المنبنية عليه ؛ إذ إن هذه التصرفات تشتمل – عادة – علي الإثم والعدوان ، وبالجملة فإنها تكون مناقضة لمقصود الشارع الذي يرجع إلي تحصيل المصالح وتكميلها ، وتعطيل المفاسد (المضار) وتقليلها.

وبناء عليه فإن إبطالها (أي : هذه التصرفات) اعتباراً بأن الباعث عليها غير مشروع – يترتب عليه إبطال هذه المضار الواقعة بسببها، ومثل هذا رفع للضرر، وهو ما يتفق مع ماجاءت به الشريعة من درء المفسدة، وقطع المضرة.

وكذلك المالكية يعتدون بالباعث وإن لم يذكر في العقد[2] ، فلا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة، أو بيع خشب بقصد صنع صليب، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنيا ، ويُمْنَعُ المسلمون من بيع آلة الحرب للحربيين.

جاء في التبصرة : «ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب، يعني من الحربيين، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صليبًا ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة، والعنب لمن يعصره خمراً....، ويؤدب من يبيع آلات اللهو، ويفسخ البيع، ويكسر، ويؤدب أهل ذلك» [3] .

---

(١)- إعلام الموقعين (١٢١/٣، ١٢٢).

(٢)- قال في الموافقات (٣٢٣/٢، ٣٢٤) : «إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات ...، والأدلة علي هذا المعني لا تنحصر ....».

(٣)- تبصرة الحكام لابن فرحون (١٤١/٢).

وفي «الكافي» لابن عبد البر: « ولا يباع شيء من العنب ،والتين، والتمر ، والزبيب، ممن يتخذ شيئا من ذلك خمراً، مسلما كان ، أو ذميا، إذا كان البائع مسلماً ، وعرف المبتاع ببعض ذلك، أو ينتبذه، واشتهر به، واختلف في فسخ بيع العنب ممن يعصره خمراً مسلماً، أو ذميا، فالمشهور عن مالك وأكثر أصحابه : أنهم يفسخون البيع فيه ..، وبيع السلاح في الفتنة من أهل دار الحرب من هذا الباب، حكم ذلك كحكم بيع العنب ممن يعصره خمراً سواء ، وبيع ظروف الخمر لا يجوز - أيضًا- إلا أن يصلح لها، ولغيرها، فلا تباع - حينئذ - إلا من مأمون لاُمَتّهم ...» [1].

والحاصل : أن فسخ مثل هذه العقود يتحقق به درء المفسدة وقطع المضرة، فيكون مبدأ مراعاة الباعث قد توسلت به الشريعة - عن طريق فسخ ما يترتب عليه من التزام- إلي تحصيل مقصدها الذي هو : جلب المنفعة ، ودرء المفسدة (المضرة).

علي أن إعمال الباعث غير المشروع علي هذا النحو في الفقهين : الحنبلي ، والمالكي - قد يفضي إلي حصول قدر من عدم الاستقرار والاضطراب في المعاملات ؛ إذ يكون بوسع كل متعاقد أن يدعي الباعث غير المشروع لإبطال التصرف، أو فسخه فراراً من الالتزام بموجبه .

ومن ثم فإن المذهبين (الحنبلي ، والمالكي) اشترطا علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع، أو أن يكون بحيث يفترض فيه العلم ؛ وذلك ضماناً لاستقرار التعامل.

---

(١)- القسم الأول ، ص (٣٢٨، ٣٢٩).

ففي متن الخرقي : «وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل» [1] . قال ابن قدامة : «وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم .. ، ولنا قول الله -تعالي- : ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [2] وهذا نهي يقتضي التحريم، وروي عن النبي - ﷺ - أنه لعن في الخمر عشرة ..، عاصرها ومعتصرها ..، وبائعها ومبتاعها..، إلي كل معاون عليها، ومساعد فيها ؛ ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها ....»[3] .

إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل «إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله ، وإما بقرائن محتفة به تدل علي ذلك .

فأما إن كان الأمر محتملاً مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخل والخمر معًا، ولم يلفظ بما يدل علي إرادة الخمر فالبيع جائز، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل .

وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام : كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة ، أو بيت نار، وأشباه ذلك، فهذا حرام، والعقد باطل لما قدمنا . قال ابن عقيل : وقد نص أحمد علي مسائل نبه بها علي ذلك .....» [4] .

---

(١)- متن الخرقي مع المغني (٢٨٣/٤) .

(٢)- آية (٢) سورة المائدة .

(٣)- المغني لابن قدامة (٢٨٣/٤، ٢٨٤) .

(٤)- المصدر السابق (٤ / ٢٨٤) ، والشرح الكبير بهامش المغني (٤٠/٤) .

وقد تقدم كلام ابن عبد البر في «الكافي» بمثل هذا حيث قال : «ولا يباع شيء من العنب ...، ممن يتخذ شيئًا من ذلك خمراً ...، وعُرِف المبتاع ببعض ذلك ، أو ينتبذه ، واشْتُهِرَ به ...» [(١)] .

- **خلاصة هذا المبحث :**

وخلاصة هذا المبحث : - أنه لا خلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا تضمنته صيغة العقد ، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محله .. .إلخ- يكون معتبراً فيبطل به العقد .

أما إذ ا لم تتضمنه صيغة العقد، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محله . . . .إلخ - ففي الاعتداد به خلاف بين العلماء .

فالحنفية والشافعية والزيدية قد ذهبوا إلي أنه لا اعتداد به، والتصرف يكون صحيحًا بالنظر إلي سلامة كيانه الفني التعبيري ظاهراً من حيث هو تصرف مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية .

أما الحنابلة والمالكية والظاهرية وقريب منهم الإمامية فيعتدون بالباعث سواء ذكر في صيغة العقد أو لم يذكر ما دام الطرف الآخر عالمًا به، فإذا كان الباعث مشروعًا فالعقد صحيح، وإذا كان غير مشروع لم يصح العقد .

وهم بذلك يفسحون المجال أمام القضاء لتحري البواعث النفسية ، ليحكم علي ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه رفعًا للضرر، ودرءاً للمفسدة، لا أنه يكتفي بالعبارة الظاهرة، أو الإرادة الظاهرة .

---

(١)- القسم الأول (٣٢٨) .

والبحث يعتمد وجهة الحنابلة والمالكية والظاهرية فيقرر اعتبار مبدأ الباعث سواء ذكر في صيغة العقد أو لم يذكر ما دام الطرف الآخر عالمًا به؛ لأنه يتوسل الفقه بذلك إلي رفع المضار ودرء المفاسد عن طريق إبطال أو فسخ التصرفات التي يكون الباعث عليها منافيًا لمقصود الشرع ؛ إذ إن هذه التصرفات تشتمل – عادة – علي الإثم والعدوان ، وبالجملة فإنها تكون مناقضة لمقصود الشارع الذي يرجع إلي تحصيل المصالح وتكميلها ، وتعطيل المفاسد (المضار) وتقليلها ، ومن ثم فإنه يترتب علي إبطالها إبطال لتلك المضار الواقعة بسببها ، ومثل هذا يتفق مع ما جاءت به الشريعة من مراعاة الضرر : رفعًا له ، وتعطيلا لأسباب وقوعه .

وينتقل البحث بعد ذلك إلي دراسة العلاقة بين الضرر ومبدأ التعسف في استعمال الحق، وذلك من خلال المبحث التالي :

المبحث الخامس

العلاقة بين الضرر ومبدا منع التعسف فى استعمال الحق

نظر الفقه الإسلامي إلي الحق الفردي علي أنه ذو صفة مزدوجة، هي: الفردية ، والجماعية في آن واحد .

أما الفردية فلأن الحق ليس بذاته وظيفة، بل هو ميزة، تخول صاحبها الاستئثار بثمرات حقه، فحق الفرد -أصلاً- شخصي .

وأما الجماعية فتبدو في تقييد هذا الحق بمنع اتخاذه وسيلة إلي الإضرار بغيره فرداً ، أو جماعة؛ قصداً ، أو بدون قصد، وذلك بالنظر إلي ما يؤول إليه استعمال الحق (١) .

ومن هنا فإنه تكون نظرة الفقه الإسلامي تلك إلي الحق نظرة اجتماعية؛ إذ إنه يقيد التصرف في الحق - كسبا وانتفاعًا - بالنسبة إلي صاحبه، وبالنسبة إلي الغير : فرداً كان ، أو جماعة بقيود مؤداها : المحافظة علي مقصود الشرع، والمحافظة علي حق الغير الذي هو حق الله في كل حق فردي، فيمنع هذا الفقه الاعتداء الحقيقي المجاوز لحدود هذا الحق، كما يمنع التعسف داخل حدود الحق ، إذا أفضي إلي الإخلال بمقصود الشرع والمحافظة علي الحق ، ويرشد إلي ذلك ما أشار إليه الإمام الشاطبي في تفصيله لمراتب الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق والإباحات ، حيث يقول:

« - وأيضًا - ففي العادات حق الله - تعالي - من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ؛ لأن حق الغير محافظ عليه شرعًا - أيضًا- ، ولا

---

(١)- انظر : الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده للدكتور فتحي الدريني (٢١٦).

خيرة فيه للعبد، فهو حق لله صرفًا في حق الغير ، حتي يسقط باختياره في بعض الجزئيات ، لا في الأمر الكلي ، ونفس المكلف داخلة في هذا الحق؛ إذ ليس له التسليط علي نفسه، ولا علي عضو من أعضائه بالإتلاف [١]، ويقول في موضع آخر مشيراً إلي أساس الحق والإباحة : إنَّ « جلب المصلحة، أو دفع المفسدة إذا كان مأذونًا فيه – علي ضربين، أحدهما : أن لا يلزم عنه إضرار الغير ، والثاني : أن يلزم عنه ذلك، وهذا الثاني ضربان ، أحدهما : أن يقصد الجالب أو الدافع – وهو صاحب الحق ، أو الإباحة– ذلك الإضرار ...، والثاني : أن لا يقصد إضراراً بأحد ....» [٢] .

فهذان النصان يفيدان تقييد استعمال الحق – من حيث الباعث أو القصد، ومن حيث المآل أيضا بقطع النظر عن القصد– بأن لا يخل بالمحافظة علي مقصود الشرع،و بالمحافظة علي حق الغير ، بل إننا نجد استعمال الحق مقيداً – بالشريعة – بالنسبة إلي صاحب الحق نفسه : كحق الحياة، أو الحق في سلامة جسمه وأعضائه، فلله – تعالي – حق خالص علي الفرد مباشرة في هذه الأمور ، بقطع النظر عن أفراد آخرين ، فإذا كان للفرد حق الحياة والمحافظة عليها ، والاستمتاع بها ، فليس ذلك حقًا خالصًا له ، بل يشركه فيه حق الله – تعالي – ، وهو حق الاستعباد : ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ ﴾ [٣] ؛ ولأن إزهاق النفس في غير مقصد شرعي أمر محرم لا يستقيم معه أمر الحياة، ويتنافي مع القول باعتبار المصالح في الأحكام ؛ ولذا لا يجوز للفرد إسقاطه ؛ لأنه يؤدي إلي إسقاط حق الله– تعالي–، فلا يجوز الانتحار –مثلا–،كما لا يجوز تعريض الفرد نفسه للفتن

---

(١)– الموافقات (٢/٣٢٢).

(٢)– المصدر السابق (٢ / ٣٤٨).

(٣)– آية (٥٦) سورة الذاريات .

والهلاك ، أو التسليط علي نفسه، أو أي عضو من أعضائه بالإتلاف..، وكذلك المال فهو جار علي هذا الأسلوب ، فلا يجوز للفرد أن يفسد مال نفسه دون مقصد شرعي، ومثل هذا كل الضروريات من عقل ونسل[1] ، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي : «وأما المال فجار علي هذا الأسلوب، فإنه إذا تعين الحق للعبد فله إسقاطه، وقد قال - تعالي - - : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [2] ، بخلاف ما إذا كان في يده ، فأراد التصرف فيه، وإتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع ، فلا ..» [3] .

وهنا فإنه يجدر بالبحث أن يعرض لمعني الحق، الذي يتصرف الإنسان بموجبه، والذي نظر إليه الفقه الإسلامي تلك النظرة الاجتماعية .

- تعريف الحق ، وبيان طبيعته

قدم الباحثون المعاصرون للحق عدداً من التعريفات التي - فيما يبدو للبحث - تتكامل فيما بينها لتؤدي معني الحق، وذلك بما جملته أن الحق : « اختصاص يقر به الشرع سلطة علي شيء ، أو اقتضاء أداء من آخر ؛ تحقيقاً لمصلحة معينة » [4] .

---

(١)- انظر : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للدكتور فتحي الدريني (٣٥، ٣٦).

(٢)- آية (٢٨٠) سورة البقرة .   (٣)- الموافقات (٢/٣٧٧).

(٤)- انظر : الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده (١٩٣). حيث نقل المؤلف تعريفات عدة للحق عند المشتغلين بعلمي الفقه والأصول : كالدكتور محمد يوسف موسي ، والشيخ علي الخفيف، وغيرهما وبمثل هذا التعريف - المذكور أعلي - أو قريب منه قال الأستاذ مصطفي الزرقا. انظر : المدخل إلي نظرية الالتزام في الفقه (ف ٣ ، ص ١٠، وما بعدها).

وانظر : التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد (١٣). ط : الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩م.

والنظر إلي هذا التعريف يفيد أن منشأ الحق من وجهة الفقه الإسلامي هو إرادة الشرع ، فالحقوق في الإسلام منح إلهية تستند إلي المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية ، حتي الحقوق التي تقررت لأصحابها بأسباب جعلية ، فإن مردها إلي حكم الله - أيضًا - ؛ لأن السبب لا يؤثر في وجود الحق إلا بجعل الله - تعالي - لا بذاته ، فمنشأ الحق هو الله - تعالي - ؛ إذ لا حاكم غيره، ولا تشريع سوي ماشرعه .

ويترتب علي هذا : أن الحق ليس صفة طبيعية للإنسان ، بمعني : أن الحق في الإسلام ليس طبيعيًا مصدره الطبيعة أو العقل البشري ، وحينئذ فإنه لا يكون الحق مطلقا، ولا غاية في ذاته بحيث يتصرف فيه صاحبه بمطلق رغبته ومشيئته حتي وإن أضر بغيره .

فالشريعة إذًا هي مصدر الحق وليس ذات الإنسان، فهي التي أنشأته ابتداء ومن ثم فإنه يكون مقيداً بها ، فليس للفرد من سلطة في التصرف إلا ما منحه إياه الشرع وفي الحدود المرسومة .

كذلك يفيد النظر إلي هذا التعريف أن الحق إنما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة مطلوب من صاحب الحق العمل علي توخيها وتحقيقها ؛ لأن الاختصاص الشرعي إنما منح وأقر لذلك، وهو ظاهر قولهم : « ...؛ تحقيقًا لمصلحة معينة » .

فإذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتنافي مع غاية الحق التي أقر من أجلها : بأن اتخذه ذريعة للإضرار بالغير ، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، أو بأن اتخذه وسيلة للإضرار بالجماعة - سلبت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي ، وأصبح هو وجميع لوازمه من الأفعال - غير مشروع ؛ لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له .

وعلي هذا فإنه يظهر أن الحق في الشريعة الإسلامية مقيد، وغائي ، علاوة علي ما تقدم من أنه ذو صفة اجتماعية ؛ إذ إنَّ المصلحة الجزئية للحق الفردي المشروعة في ذاتها - لا تعصمها هذه المشروعية من أن تصبح غير مشروعة إذا تعارضت مع مصلحة جزئية أخري هي أولي بالرعاية في نظر الشرع : كما في استعمال المالك عقاره علي نحو يضر بجاره ضرراً فاحشًا، أو تعارضت مع المصلحة العامة : كما في منع تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي ، ومنع الاحتكار ، ووجوب التسعير، فهذا مما يدل دلالة قاطعة علي أن مصلحة الحق الفردي ذات صبغة اجتماعية لا فردية خالصة .

وإذا كانت المصلحة الفردية في الشريعة - وهي التي قرر الحق الفردي من أجلها - مصلحة اجتماعية ، فالحق الفردي - وهو وسيلة تحقيق تلك المصلحة - يكون ذا صفة اجتماعية من باب أولي ؛ لأن انتفاء الصفة الفردية عن المقصد يستلزم انتفاءها عن الوسيلة بالضرورة [١] .

ومن هنا تكون نقطة البدء التي ينطلق منها إلي نظرية التعسف في استعمال الحق ، فالحق - بهذا النظر الشرعي انتفي أن يكون مطلقا ، أو مصدراً لسلطات مطلقة؛ لأن الشريعة مبنية علي مصالح العباد، رسمها الشارع الحكيم، ثم شرع من الوسائل - وهي الحقوق - ومنحها العباد لتحقيق هذه المقاصد، فوجب - كنتيجة حتمية - أن يكون قصد الشارع من المكلف : أن يكون قصده في العمل موافقًا لقصد الله في التشريع، فتكون الحقوق وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية في الخلق وما يتبعها من الحاجية، والتحسينية ، لا أنها غاية في ذاتها .

---

(١)- انظر : الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده (١٩٢، ١٩٣).

ويترتب علي هذا : أن كل استعمال للحق يناقض هذه المقاصد يعتبر تعسفا فيمنع منه ؛ لأنه يهدم الأصل الذي قامت عليه الشريعة، ويضاد مقصد الشرع من منح الحقوق .

وشيء آخر : هو أن الحق إذا كان لغاية أو مصلحة شرع من أجلها ، فمن المنطق التشريعي : أن تكون تلك الغاية الجزئية منسجمة في تحقيقها مع ذلك الأصل الكلي في الشرع ؛ لأن الشريعة كل متسق لا تتناقض أجزاؤه، وعلي هذا فالمصلحة الخاصة التي هي غاية الحق الفردي – لا تبقي علي أصلها من المشروعية إلا إذا اتسقت مع التنظيم التشريعي العام ، أي لم تتناقض مع قواعد الشريعة العامة ، أو مقاصدها في الخلق، وهذا هو جوهر فكرة التعسف الذي ملخصه :

« أنَّ الفعل يكون مشروعًا بحسب الأصل والظاهر ؛ لأنه يستند إلي حق ، ولكنه يتناقض – إن في بواعثه، أو نتائجه – مع ما تقضي به قواعد الشريعة العامة، ومقاصدها ، أي : مع روح الشريعة » (١) .

– تعريف التعسف :

يعتمد البحث – هنا– ما قدمه الدكتور فتحي الدريني من تعريف للتعسف في كتابه « نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي »، وهو أن التعسف « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعًا بحسب الأصل » (٢) ، والمقصود بمناقضة قصد الشارع : مضادة

---

(١)– انظر : التعسف في استعمال الحق (ص٨٠).

(٢)– انظر : السابق .

هذا وقد عبر الفقهاء عن معني التعسف في كتاباتهم بعبارات أخري غير التعسف ، فمن ذلك عبارة (المضارة في الحقوق) كما في كتاب «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية فيما أشار إلي موضعه الدكتور محمد شوقي السيد ، وهو الذي اختاره الشيخ محمد أبو زهرة – رحمه الله تعالي – عنوانًا علي مفهوم التعسف . =

قصد الشارع، وهذه المضادة لا تخلو : إما إن تكون مقصودة، بأن يكون الباعث (القصد) علي العمل المأذون فيه - هدم قصد الشارع عينًا : بأن استعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار.

وإما أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلي تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه عليه.

فمن الأول : بيع العينة للتوصل إلي الربا المحرم .

ومن الثاني : هبة المال - صوريا - قرب نهاية الحول ؛ احتيالاً علي إسقاط الزكاة. وواضح أن هذا التذرع يفضي إلي خرم قواعد الشريعة، وهدم مقصد الشارع، وتلك مناقضة لقصد الشارع ظاهرة.

وكذلك سائر «الحيل» التي يتذرع بها قصداً إلي إبطال حكم شرعي، أو إلي تحقيق مصلحة غير مشروعة.

إذًا فالعبرة ليست بصورة الفعل وهيئته الشرعية الظاهرة، بل العبرة بقصد المكلف في العمل، والباعث عليه ؛ فإن قصد الشارع من المكلف : أن يكون قصده في العمل موافقًا لقصد الله في التشريع. قال الشاطبي : «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقًا لقصد الله في التشريع» [1] ، فإذا لم يكن موافقا بأن قصد باستعمال الحق غير ما شرع له

= ومن ذلك هذه العبارة (تمحض قصد الإضرار في التصرف المأذون فيه) كما في «الموافقات» للشاطبي ، و«البهجة» للتسولي، و«الأربعين» لابن رجب الحنبلي ، وقد سبقت الإشارة إلي ذلك في مبحث : الضرر فيما يتعلق بالملكية العقارية وحقوق الارتفاق ومن ذلك - أيضًا - عبارة (التعنت في استعمال الحق) كما في «بدائع الصنائع» للكاساني الحنفي .

انظر : استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد (١٠١) ، والطرق الحكمية (٣١٠) . ط : مكتبة السنة المحمدية بالقاهرة - ١٣٧٢هـ ، وبدائع الصنائع (٦/ ٢٦٤) .

(١)- الموافقات للشاطبي (٢/ ٣٣١) .

- كان مناقضًا لقصد الشرع، والمناقضة مبطلة للعمل ، وقد أبرز هذا المعنى - أيضًا - الإمام الشاطبي حيث قال : « كل من ابتغي في تكاليف الشريعة غير ماشرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغي في التكاليف مالم تشرع له فعمله باطل، أما أن العمل المناقض باطل فظاهر ؛ فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ، ولا درء مفسدة » (١) .

ويتبين من هذا القول : أن المناقضة كما تكون في القصد المضاد لقصد الشارع ، تكون في الفعل الذي يفضي مآلاً إلي نقض هذا الأصل: بأن تكون نتيجته مفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة، ولو لم يكن ثمة قصد إلي هذه النتيجة (٢) .

وجملة ما تقدم : أن المناقضة إما إن تكون مقصودة، وهذه تشمل استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار ، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو استعماله دون نفع لمجرد العبث ، أو لنفع تافه في حين أنه يلحق بغيره ضرراً بينًا.

وإما أن تكون المناقضة غير مقصودة، وهذه تشمل : الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام في الشرع؛ لأن الحقوق إنما شرعت لجلب مصلحة، أو درء مفسدة، فإذا آل استعمالها إلي ما يناقض هذا الأصل، لم تشرع ؛ لأن الحق الجزئي يجب ألا يتناقض استعماله من حيث المآل مع الأصل الكلي.

---

(١) السابق (٢/ ٣٣٣) .

(٢) انظر : التعسف في استعمال الحق (٨٩) .

ولا يلزم أن يكون استعمال الفعل علي غير الوجه المعتاد حتي يتحقق التعسف، بل قد يتحقق التعسف، وبالتالي يكون الفعل باطلاً؛ قطعًا لذريعة الفساد المتمثل في مآل، أو نتيجة هذا الاستعمال المعتاد.

فاستعمال حق الملكية علي الوجه المعتاد بباعث مشروع ، ولتحقيق مصلحة مشروعة ، وباتخاذ كافة الاحتياطات لدرء الضرر عن الجوار قد يترتب عليه – بالرغم من ذلك كله ضرر فاحش[1] : كوجود مصنع في حي عامر بالسكان ، وهذا يوضح أن التعسف في بعض صوره لايتعلق بالاستعمال المعتاد ، أو غير المعتاد، بل بالمآل المعتاد ، أو غير المعتاد [2] .

تلك هي تفاصيل الجزئية الأولي في تعريف التعسف، جزئية: «مناقضة قصد الشارع»، أما الجزئية الثانية، وهي قولنا: « في تصرف مأذون فيه شرعًا بحسب الأصل »– فتفصيل الكلام بشأنها وفق ما يلي :

بداية فإنه يقال إن التصرف يشمل ما هو تصرف قولي : كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، سواء ما كان منها نتيجة لاتفاق إرادتين: كالبيع والإجارة، أو ما ينشأ بإرادة منفردة : كالوصية .

ويشمل كذلك التصرف الفعلي : كاستعمال حق الملكية في العقارات كالأراضي ، والمباني، وكاستعمال الرخص والإباحات [3] : كتلقي السلع ، وإحياء الموات .

---

(١)– وقد نقل ابن رجب بخصوص ذلك قولين مشهورين للعلماء ، (أحدهما) : لا يمنع المالك من التصرف في ملكه ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك .
(والثاني) أنه يمنع المالك من ذلك ، وهو قول أحمد ، ووافقه مالك في بعض الصور . انظر : جامع العلوم والحكم (٣٠١) ، وراجع : مبحث وجهات مذاهب الفقه الإسلامي في العمل بحديث : «لا ضرر ولا ضرار» من هذا البحث .

(٢) ، (٣)– انظر : التعسف في استعمال الحق (٩٠) ، والإباحة والرخصة بمعني واحد ، وهو : «إذن يقر به الشرع مكنة الانتفاع مباشرة ، لا علي وجه الاختصاص ؛ تحقيقًا لمصلحة معينة» ، لا أنه المعني الذي تعارف عليه الأصوليون ، والذي سيأتي بيانه في مبحث قاعدة المشقة .

علي أن التصرف الشرعي : القولي منه والفعلي - قد يكون إيجابيًا، وقد يكون سلبيًا .

ففي التصرف الشرعي القولي الإيجابي : كبيع السلاح أيام الفتنة - مثلاً - ، وبيع الحاضر للبادي - إذا ترتب عليه ضرر بالعامة اعتبر تصرفا تعسفيا.

والتصرف الشرعي القولي السلبي : كامتناع الشخص عن قبول الإيجاب إذا كان هو بموقفه قد استدرج ذلك الإيجاب ، فحقه في الامتناع عن التعاقد مقيد بوجود أسباب تبرره، وإلا كان استعماله تعسفيا ، وكامتناع التاجر عن البيع احتكاراً لسلعة .

هذا والتصرفات الشرعية القولية هي التي يمكن أن ترتب عليها آثارها الشرعية بالإرادة، ويمكن أن يمنع ترتيب الآثار عليها ؛ وذلك لأنها علل جعلية، وليست بعلل عقلية، ولا طبيعية فهذا النوع هو الذي يمكن الحيلولة فيه بين المعلول وعلته .

أما التصرف الفعلي الإيجابي كما في حالة استعمال المالك عقاره لمجرد قصد الإضرار بغيره، أو استعماله لعقاره دون قصد منه إلي الإضرار بأحد ، ولكن لزم عن ذلك ضرر فاحش بجاره ، فالواقع من الضرر لا يرتفع، ويمكن قطع التسبب فيه حتي لا يستمر حدوثه مستقبلاً.

وأما التصرف السلبي كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل إلي الطريق العامة عن هدمه بعد الإشهاد ، فيمكن إجبار المالك علي هدمه، وإذا وقع نتيجة لامتناعه، وأضر بغيره ضمن .

وعلي هذا فالتعسف قد يكون في الامتناع القولي، والفعلي كما هو الظاهر مما سبق .

ويقال أخيراً : إن قولنا في تعريف التعسف وصفًا للتصرف المناقض لقصد الشارع بأنه « مأذون فيه شرعًا بحسب الأصل » - إنما يراد به إخراج الأفعال غير المشروعة لذاتها من التعريف؛ لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفًا ، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق التعسف (١) .

- خلاصة القول :

وخلاصة القول بهذا الخصوص : أن حقيقة التعسف هي استعمال الحق (والحق - هنا - أوسع معني من مجرد الحق الفردي ، فتدخل فيه الرخص) علي وجه الإخلال بمقصود الشرع الذي هو : تحصيل المنافع وتكميلها ، وتعطيل المضار وتقليلها . يعني : علي وجه الإخلال بالمصلحة.

والإخلال بهذا المقصود يتحقق : إما بالقصد إلي ذلك - ابتداء - بحيث يكون الباعث علي استعمال ما يخوله الحق من سلطة - هو الإضرار . هكذا مناقضة لقصد الشرع الذي هو قطع المضار.

وإما باستعمال ما يخوله الحق من سلطة استعمالاً يؤول - في نهاية الأمر- إلي نتيجة مناقضة لقصد الشرع، أو بتعبيرآخر : يؤول إلي نتيجة تكون مفسدة ومضرة.

وهكذا فإنه يبين أن التعسف هو المضارة في استعمال الحق ؛ إذ إن حقيقته - كما قد ظهر - هي : استعمال الحق علي وجه ينشأ عنه ضرر، ويستوي في ذلك أن يكون الباعث علي الاستعمال ابتداء هو المضارة، أو

---

(١)- انظر : التعسف في استعمال الحق (٩١) .

وسيأتي في الفصل الخامس «ضوابط الضرر» تفصيل القول في معايير التعسف : المادي منها ، والذاتي .

أن يكون مآل الاستعمال - انتهاء - هو المضارة، فالنتيجة واحدة وهي ترتب المضارة علي استعمال الحق من هذا الوجه ، أو ذاك .

وبناء عليه فإنه يكون التعسف أحد السبل المؤدية إلي وقوع المضار، واتساع دائرتها في واقع الناس، فهو يفضي دائمًا إلي إلحاق الضرر، بل هو أحد العمد الرئيسة التى يقام عليها بناء الضرر فى دنيا الناس ، واقع الحياة .

وقد سبقت الإشارة إلي ذلك في محاولة وضع تعريف للضرر، حيث جاء فيما انتهي إليه البحث من تعريف للضرر : أن الضرر هو : «الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير ؛ تعديا ، أو تعسفًا ، أو إهمالاً» وذلك بإلحاق مفسدة بالنفس أو الغير في إحدي الكليات الخمس علي وجه التعدي ، أو التعسف، أو الإهمال. فهذا التعريف قرر - كما هو واضح - أن التعسف أحد الأضلاع الثلاثة الرئيسة في بناء الضرر المثلث الشكل ، وذلك إلي جوار الضلعين الآخرين : التعدي، والإهمال.

ومن ثم فإنه يكون منع التعسف قطعًا للضرر ، ومنعًا من وقوعه، ومثل هذا يصح القول بانه عمل في نطاق تاكيد وتحقيق قطع الشريعة للضرر.

إذًا فماهي أدلة منع التعسف، وما هي صوره، وما هي حقيقة العلاقة بينه وبين قطع الشريعة للضرر؟ والجواب علي ذلك وفق ما يلي:

- أدلة منع التعسف في استعمال الحق

يذكر الباحثون - هنا - أدلة كثيرة من القرآن، والسنة، وأقضية الصحابة وفتاويهم تؤكد أن الشريعة الإسلامية تمنع التعسف في استعمال الحق ؛ قطعًا للضرر ؛ ودرءاً للمفسدة ، والبحث يشير إلي شيء منها علي

وجه الاختصار، علي أنه قد سبق – أيضًا – التناول لعدد منها في الفصل الأول من هذا البحث في مبحث : استعمال النصوص الشرعية (قرآنا، وسنة) لمادة « ضرر ».

– فمن الأدلة القرآنية قول الله – تعالي – : ﴿ **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ** ﴾ (١) .

ومجمل القول بخصوص هذه الآية – بعد أن فصل فيها القول فيما سبق – : أنها صريحة في النهي عن مضارة الأب للأم بإساءة استعمال حقه في ولايته علي ابنه : بأن ينتزعه من أمه مع أنها رضيت بإرضاعه مجانا، أو بما رضي به غيرها، وألفها الصبي ، فلا يجوز له ذلك كما لا يجوز له انتزاعه منها إذا لم ترضعه، بل يحضر الظئر إلي عندها حتي ترضعه في بيتها (٢) .

وكذلك تنهي الآية الكريمة الأم عن مضارة الأب بإساءة استعمال حقها في رضاع ابنها : بأن تطلب – إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها – أجرًا علي الرضاع، وغيرها يرضعه مجانًا أو بأقل مما تطلب ، فلا يجوز لها ذلك ؛ منعًا للضرر عن الأب؛ لأنها في هذه الحال تقصد المضارة .

والآية توجب – أيضًا – حماية الولد عن الإضرار به، فتكون بهذا قد أفادت حماية الثلاثة : الولد من أن يقع عليه ضرر ، وكلٌّ من الأب

---

(١)– آية (٢٣٣) سورة البقرة .

(٢)– انظر : أحكام القرآن للجصاص (١٠٦/٢) .

والأم من أن يضُر كلٌ منهما بالآخر عن طريق الولد، وذلك باستعمال ما منح من حق كوسيلة إلي هذا الإضرار، وهكذا تعتبر الآية أصلاً يستند إليه في منع التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي .

– ومن أدلة السنة : ما رواه أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي– وقد سبق القول فيه في المبحث المشار إليه – أنه حدث سمرة بن جندب : أنه كان له عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلي نخله فيتأذي به، ويشق عليه ، فطلب إليه أن يناقله، فأبي، فأتي النبي – ﷺ –، فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي – ﷺ – «أن يبيعه ، فأبي، فطلب إليه أن يناقله، فأبي، قال : فهبه له ، ولك كذا، وكذا ، أمرًا رغبه فيه، فأبي، فقال : أنت مضار، وقال النبي – ﷺ –للأنصاري : اذهب فاقلع نخله» [(١)] .

فالحديث ظاهر في الدلالة علي أن سمرة استعمل حقه استعمالا ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير، فكان بهذا مسيئًا في استعمال الحق، وثبت قصده الإضرار بالأنصاري بعد أن طلب إليه النبي – ﷺ – أن يناقله، أويبيعه، أو يهبه نظير ما رغبه فيه من المثوبة والأجر ، علي أنه أصر علي موقفه من هذا الاستعمال رافضًا كل ذلك، فكان مضاراً . أي : متعسفا في استعماله ما خوله له حق الملكية من سلطة ، فاستحق أن يقضي عليه النبي – ﷺ – بقلع عذقه؛ استئصالاً لشأفة علة الضرر، وهي بقاء الملك ؛ وذلك لدفع التعسف في استعمال الحق.

---

(١)– تقدم تخريجه .

وبهذا فإن الحديث يعتبر دليلاً يستند إليه في منع التعسف في استعمال الحق إلي الحد الذي يجوز معه إتلاف الملك الضار؛ استئصالاً لشأفة الضرر، ودفعًا للتعسف كما سبق .

-والدليل من فقه الصحابة : ما رواه مالك عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه : «أن الضحاك ابن خليفة ساق خليجًا له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبي محمد فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو لك منفعة؟ تشرب به أولاً، وآخرًا ، ولا يضرك ، فأبي محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو علي بطنك ، فأمره عمر أن يمر به، ففعل الضحاك» (١) .

فقضاء عمر هذا دليل علي ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قبل بعض : من حق إمرار الماء في أرض الغير، أو استطراقها ، فإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه وتضرر الجار، فإنه يعتبر متعسفًا في استعمال حقه، ويجبر علي التمكين مالم يلحقه ضررٌ بيِّن ؛ عملاً بهذا القضاء الثابت عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - (٢) .

فهذه هي بعض الأدلة - اختصاراً - من القرآن، والسنة، وأقضية الصحابة تدل علي أن الشريعة الإسلامية تمنع التعسف في استعمال الحق قطعًا للضرر؛ ودرءاً للمفسدة .

---

(١)- تقدم تخريجه .

(٢)- انظر : التعسف في استعمال الحق (ص ١٦٤) .

كذلك فإنه يمكن الاستناد إلي عمومات الشريعة، وقواعدها الكلية، ومقرراتها العامة التي ترجع إلي هذا المقصد الأعظم : تحصيل المنافع وتكميلها، وتعطيل المضار وتقليلها ، وهو ما يعرف : بمراعاة المصالح ؛ إذ إن تكييف التعسف - كما ظهر - علي أنه منشئ للضرر ومتسبب فيه، بل أنه أحد العمد الرئيسة التي ينبني عليها وقوعه في دنيا الناس، وواقع الحياة يترتب عليه بمقتضي هذه العمومات، والقواعد الكلية ، والمقررات العامة للشريعة : الحكم بمنعه ، و عدم جوازه ؛ إذ الشريعة - كما ثبت بالاستقراء - مبناها علي مراعاة المصالح : جلباً وتحصيلا ، ومراعاة المضار : تعطيلا ، وتقليلا.

- العلاقة بين منع التعسف في استعمال الحق والضرر :

تقرر - فيما سبق - أن حقيقة التعسف هي المضارة في استعمال الحق ، وذلك بان يستعمل الحق علي وجه ينشأ عنه ضرر - سواء كان الباعث علي الاستعمال - ابتداء - هو المضارة، أو كان مآل الاستعمال - انتهاء - هو المضارة ، فالنتيجة واحدة، وهي ترتب المضارة علي استعمال الحق من هذا الوجه أو ذاك .

وبناء عليه فإنه يكون منع التعسف سبيلا - ضمن سبل الشريعة - يتوصل به إلي قطع المضار والتقليل منها ، ومثل هذا يصح القول بانه عمل في نطاق تاكيد وتحقيق مراعاة الشريعة للضرر .

علي أن هذا المعني يكون أكثر وضوحًا من خلال تناول هاتين الصورتين للتعسف .

(الصورة الأولي) : أنْ يقصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار بغيره، لا المصلحة المنشودة من الحق ، وذلك مثل : قصد الزوج باستعمال

حقه في المراجعة الإضرار بالزوجة لاالإمساك بمعروف ، ومثل : قصد الموصي باستعمال حقه في الوصية الإضرار بالورثة ، وقصد المريض مرض الموت باستعمال حقه في طلاق زوجته - الفرار من ميراثها إضراراً بها .

فها هنا كان التعسف ممثلاً في قصد الإنسان من استعمال الحق مجرد الإضرار ، لا ما شرع له الحق من غاية .

وحينئذ فإنه يحرم هذا الاستعمال ، ويجب منعه، بل إنه يقع باطلا إذا كان قابلا للإبطال : كما في وصية الضرار ، فإنها لا تمضي قطعًا للضرر ودرءًا للمفسدة .

كذلك فإنه يدفع الضرر الذي قصد الإنسان وقوعه باستعمال الحق إنْ أمكن دفعه : كما في طلاق الفار زوجته فراراً من ميراثها إضراراً بها ، فيحكم لها بالإرث إن كانت في العدة .

قال في الهداية : «وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقًا بائنًا ، فمات وهي في العدة ، ورثته ... ، وقال الشافعي - رحمه الله - : لا ترث ... ؛ لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض، وهي السبب (أي : سبب إرثها) ، ولهذا لا يرثها إذا ماتت، ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته؛ دفعًا للضرر عنها ، وقد أمكن ؛ لأن النكاح في العدة يبقي في حق بعض الآثار ، فجاز أن يبقي في حق إرثها عنه» [1] .

وهكذا يبين أن صورة التعسف هذه ينشأ عنها الضرر ، فيكون منع التعسف - هنا - والتحريم له سبيل الشريعة إلي دفع ذلك الضرر .

---

(١)- الهداية (٢/ ٣) .

وعلي هذا فإنه يتقرر أن منع التعسف في هذ الصورة يعمل في نطاق تحقيق مراعاة الشريعة للضرر : دفعًا له وإبطالاً لما يتسبب فيه .

ويلحق بهذه الصورة استعمال الحق لتحقيق غرض غير مشروع : كهبة المال – صوريًا – قرب نهاية الحول احتيالاً علي إسقاط الزكاة .

(الصورة الثانية) : أن يستعمل الإنسان حقه بباعث مشروع – أي بقصد تحقيق ما شرع له الحق من غاية – علي انه يكون مآل هذا الاستعمال حصول ضرر اعظم من المصلحة المقصودة ، أو مساوٍ لها ، سواء أكان الضرر الحاصل عامًا يصيب الجماعة ، أوخاصًا بشخص من الأشخاص .

وتأسيسًا علي هذا : فإنه يكون استعمال الحق في هذه الصورة تعسُّفًا ، فيمنع منه ، مع أنَّ ذلك يترتب عليه تضرر صاحب الحق ؛ لأن الشريعة جاءت بأنه يتحمل الضرر الأيسر دفعًا للضرر الأعظم .

ويظهر بهذا أن منع التعسف الذي صورته هذه يعمل في نطاق مراعاة الشريعة للضرر : تقليلاً منه ، وتخفيفًا لأثره ؛ بتحمل أيسر الضررين لدفع أعظمهما .

ومن أمثلة ذلك : تلقي الركبان ، وبيع الحاضر للبادي ، وقد سبق تناول ذلك بشيء من التفصيل وذكر ما ورد فيه من النهي، وأن الضرر الناشئ عنه من قبيل الضرر العام؛ لأنه يضر الجماعة .

ومن أمثلة الضرر الخاص : ما أشير إليه – قبلاً – من قصة سمرة بن جندب ودخوله علي الأنصاري ومعه أهله ؛ لتفقد ما له من عذقٍ ، وتأذي الأنصاري من ذلك .

وقد رأينا قضاء النبي ﷺ في تلك الواقعة بإتلاف ملك سمرة بعد

أن أصر علي موقفه – مع ما في ذلك من ضرر عليه – ؛ حتي يمنع من تضرر الأنصاري الواقع بسبب دخول سمرة عليه ومعه أهله .

فهاهنا تعارض ضرران : ضرر سمرة ، وضرر الأنصاري ، ولما كان ضرر الأنصاري أعظم ، وضرر سمرة أيسر (يعني بالموازنة إلي ضرر الأنصاري) – فإنه يتحمل الضرر الأيسر لدفع الضرر الأعظم، كما هي قاعدة الشريعة .

وهكذا فإنه يكون أساس ثبوت التعسف في هذه الصورة هو مقدار الضرر الناشئ عن استعمال الحق ، فإن كان أعظم بحيث ترجح كفته علي المصلحة المقصودة باستعمال الحق ، فإنه يعد استعمال الحق – حينئذ – تعسفًا ، فيمنع منه .

والحاصل : أن منع التعسف في هذه الصورة يترتب عليه تقليل المضار ، والتخفيف من آثارها بتحمل أخف الضررين لدفع أشدهما ، فيكون مثل هذا المنع سبيلاً موصلة إلي تحقيق معني مراعاة الشريعة للضرر .

إذًا فمنع التعسف في استعمال الحق يعمل في نطاق مراعاة الشريعة للضرر ، وذلك إما بقطع المضار جملةً ، وإما بالتقليل منها والتخفيف من آثارها علي نحو ما رأينا .

وتلك هي حقيقة العلاقة بين المنع من التعسف ومراعاة الشريعة للضرر : أن الأول يعمل في نطاق تحقيق وتأكيد الثاني .

خلاصة هذا المبحث :

وخلاصة هذا المبحث يمكن إجمالها في النقاط التالية :

الأول : أن الحق الفردي في الفقه الإسلامي ذو صفة مزدوجة ، هي : الفردية ، والجماعية في آنٍ واحدٍ ، فهو مزية تخوِّل صاحبها الاستئثار بثمرات حقه ، علي أن ذلك مقيد بأن لا يضرٌ غيره فرداً ، أو جماعة ، قصداً ، أو بدون قصد فيما لو كان مآل استعمال هذا الحق حصول الضرر والمفسدة .

الثاني : أن منشأ هذا الحق هو إرادة الشرع فحسب ، بمعني : أن الحق في الإسلام ليس حقًا طبيعيًا مصدره الطبيعة أو العقل البشري ، وحينئذ فإنه لا يكون الحق مطلقًا ، ولا غاية في ذاته ، بل يكون مقيداً بالشَّرْع ، فليس للفرد من سلطة في التصرف إلا ما منحه إياه الشرع ، وفي الحدود المرسومة .

الثالث : أن الاختصاص الشرعي الموجود في الحق إنما منح وأقر من أجل تحقيق مصلحة معينة مطلوب من صاحب الحق العمل علي توخيها وتحقيقها ، فإذا اتخذ الشخص الحق وسيلة لتحقيق غرض يتنافي مع غاية الحق - التي أقر من أجلها - انسلخت عنه صفة المشروعية ، وأصبح هو وجميع لوازمه من الأفعال غير مشروع .

وعلي هذا فإنه يكون الحق في الشريعة الإسلامية مقيداً ، وغائيا ، علاوة علي أنه ذو صفة اجتماعية .

الرابع : أن استعمال الحق علي وجه الإخلال بما سبق يعدٌ تعسفًا ، ويكون حرامًا ، فيمنع منه ؛ قطعًا للضرر ، ودرءاً للمفسدة .

ذلك أن حقيقة التعسف هي استعمال الحق علي وجه الإخلال بمقصود الشرع . أي : علي وجه الإخلال بالمصلحة ، والإخلال بهذا المقصود يتأتي : إما بالقصد إلي ذلك - ابتداء - بحيث يكون الباعث علي استعمال الحق هو الإضرار . هكذا مناقضةً لقصد الشارع الذي هو منع الضرر ، وإما باستعمال الحق استعمالاً يؤول - في نهاية الأمر - إلي وقوع الضرر .

الخامس : أن التعسف في استعمال الحق - بناء علي ما سبق - أحد السبل المؤدية إلي وقوع المضار ، واتساع دائرتها في واقع الناس ، بل هو أحد العمد الرئيسة التي يقام عليها بناء الضرر في هذه الحياة .

السادس : أن منع التعسف في استعمال الحق ينبني عليه قطع المضار ، وتضييق دائرة وقوعها، فيكون المنع عاملا في نطاق مراعاة الشريعة للضرر ، علي أن ذلك يكون في بعض الصور تعطيلاً للضرر بالكلية ، وفي بعضها الآخر تقليلاً منه باحتمال الأخف لدفع الأشد .

****

المبحث السادس
العلاقة بين الضرر وقاعدة «المشقة تجلب التيسير»

يقرر العلماء – بحق – أن قاعدة« المشقة تجلب التيسير » وقاعدة « الضرر يزال » التى أصلها « لا ضرر ولا ضرار »– متحدتان ، أو متداخلتان (١) .

وبناء عليه فإنه يظهر هذا الاتصال الوثيق بين القاعدتين ، فهما متحدتان، أو متداخلتان، ومعنى أنهما متحدتان . أى : فى العمل ، فالقاعدتان تعملان على تحقيق شيء واحد، وهو ما جاءت به الشريعة من رعاية المصالح؛ إذ لا يتصور ذلك إلا بالتيسير ورفع الحرج، ومنع المفاسد وقطع الضرر.

ويؤكد من صواب هذا ما جاء فى « غمز عيون البصائر» . قال المؤلف : قوله « متحدتان – يريد قاعدة المشقة وقاعدة الضرر يزال – أى : تصدق كل واحدة منهما على ما تصدق عليه الأخري » (٢).

ومعنى أنهما متداخلتان . أي: أن كل واحدة منهما تعمل فى نطاق تحقيق الأخري، فمثلا : قاعدة المشقة ينبنى عليها الرخص والتخفيفات، التى – بدورها – ترفع الحرج والضيق ؛ فيرتفع بذلك الضرر.

وقاعدة « الضرر يزال » التى أصلها « لا ضرر ولا ضرا ر » – ترفع الضرر الواقع بالناس الذى هو فى معنى الحرج والمشقة، وتقضى بإزالته، فلا تقع المشقة، وهكذا.

---

(١)- انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٤) ، والأشباه لابن نجيم (٨٥).

(٢)- غمز عيون البصائر (١/ ٢٧٥).

وحاصل هذا – وهو المطلوب – : أن قاعدة المشقة تعمل في نطاق تحقيق قطع المضار والتقليل منها في واقع الناس ، فهي تزيل الضرر عنهم بالتيسير عليهم عن طريق التخفيفات والرخص.

وإذا علم هذا فإنه يلزم تفصيل القول بشأن «قاعدة المشقة ....» من حيث بيان الأصل فيها ، وبيان معناها وطريقة عملها لنري كيف يحقق ذلك قطع المضار ؟ هذا أولاً . وأما ثانيا : فهو هل كل مشقة تجلب التيسير؟ فإذا كانت الإجابة بالنفي فما هي ضوابط المشاق التي تجلب التيسير ؟

والبحث يجيب فيما يلي عن ذلك كله .

أولا : أصل قاعدة المشقة وبيان معناها وطريقة عملها :

أما بخصوص «أولاً» فقد دل استقراء العلماء للشريعة في مصادرها ومواردها علي أن «المشقة تجلب التيسير».

لأن في المشقة إحراجًا ، والحرج مرفوع عن المكلفين بنصوص الشريعة، والأصل في ذلك :

قوله – تعالي – :

﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْر ﴾ (١) ، وقوله : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَج ﴾ (٢) .

---

(١)– أية (١٨٥) سورة البقرة .

(٢)– أية (٧٨) سورة الحج.

وقوله - ﷺ - :

« إني أرسلت بحنيفية سمحة »[1] ، وقوله : « أحب الدين إلي الله الحنيفية السمحة »[2] ، وفي الصحيح من حديث أبي هريرة : « فإنما بعثتم ميسرين ، ولم تبعثوا معسرين »[3] ، ومن حديث عائشة - رضي الله عنها - : « ماخير رسول الله - ﷺ - بين أمرين إلا أخذ أيسرهما، مالم يكن إثمًا »[4] .... إلي آخر ما جاء من الأدلة .

معنى القاعدة

« والمشقة » في أصل اللغة من شق علي الشيء يشق شقا ومشقة - إذا أتعبك، ومنه قوله - تعالي - : ﴿ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلاَّ بِشِقِّ الأَنفُسِ ﴾[5] ، والشّق هو الاسم من المشقة .

قال في « اللسان » : شق عليّ الأمر يشق شقًا ومشقة . أي : ثقل علي ، والاسم الشق ، والمشقة : الشدة ، والحرج والضيق[6] .

« والمشقة تجلب التيسير » يعني : « أن الصعوبة التي تصادف في شيء تكون سببًا باعثًا علي تسهيل وتهوين ذلك الشيء، وبعبارة أخري

---

(١)- أخرجه أحمد في مسنده (٦/١١٦)، مسند أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها -.

(٢) علقه البخاري في أول ترجمة باب : « الدين يسر» من كتاب الإيمان . البخاري مع الفتح (١/١١٦).
وأخرجه أحمد في مسنده (١/٢٣٦) ، مسند ابن عباس، عن عكرمة عن ابن عباس قال : قيل لرسول الله - ﷺ - : أي الأديان أحب إلي الله ؟ قال : « الحنيفية السمحة».

(٣)- أخرجه البخاري في صحيحه . البخاري مع الفتح (١/٣٨٦) كتاب الوضوء، باب : «صب الماء علي البول في المسجد».

(٤)- أخرجه البخاري في صحيحه . البخاري مع الفتح (١٠/٥٤١) كتاب الأدب، باب : قول النبي - ﷺ - : «يسروا ولاتعسروا».

(٥)- آية (٧) سورة النحل.

(٦)- لسان العرب (٤/٢٣٠١) مادة «شق».

التوسيع وقت الضيق» (١) ؛ لأن الله – عز وجل– لم يكلفنا بما هو حرج ومشقة فحيثما وجدت المشقة فإنها تجلب التيسير . أي : تستدعي وتتطلب الرخص والتخفيفات ، ويكون هذا الموضع موضع الرخصة لا العزيمة . وكما أن العزائم مطلوبة ، فإن الرخص كذلك مطلوبة حالة قيام المشاق ووجودها ، ولذلك قال – ﷺ –:

«عليكم برخصة الله التي رخص لكم»(٢) ، وقد علق ابن دقيق العيد علي هذا الحديث بأنه فيه« دليل علي أنه يستحب التمسك بالرخصة إذا دعت الحاجة، ولا تترك علي وجه التشديد علي النفس، والتنطع ، والتعمق» (٣) .

والحق أن هذه القاعدة أصل عظيم من أصول الشرع، وهي إحدي القواعد الخمس التي تعتبر من أسس الشريعة في جميع المذاهب(٤) ؛ لأن معظم الرخص والتخفيفات منبنية عليها ومنبثقة عنها.

نقل السيوطي وابن نجيم أنه قال العلماء : « يتخرج علي هذه القاعدة جميع رخص الشرع ، وتخفيفاته »(٥) ؛ لأنها صارت أصلاً

---

(١)– درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر(١/٣٥).

(٢)– أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الصيام ، باب: « جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية » . مسلم بشرح النووي(٧/٢٣٣).

(٣)– إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (٢/٢٢٥).

(٤)– انظر: المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفي أحمد الزرقا (٢/٩٩٢). ط : دار الفكر ، والفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور أحمد يوسف (٣٢٨) . ط : مكتبة النصر .
والأربع قواعد الأخري هي : « الأمور بمقاصدها » ، و«اليقين لا يزول بالشك»، و«العادة محكمة»، و«الضرر يزال ».

(٥)– الأشباه للسيوطي (٧٧) والأشباه لابن نجيم (٧٥).
وقال الشاطبي : «والمشقة الحقيقية فيها الرخصة بشرطها (وهو أنْ تُلْحِقَ بالإنسان ضررًا محققا) ، وإذا لم يوجد شرطها فالأحري بمن يريد براءة ذمته ، وخلاص نفسه الرجوع إلي أصل العزيمة...» . انظر : الموافقات (١ / ٣٣٧).

مقطوعًا به ؛ لتوفر الأدلة عليها . قال الإمام الشاطبي : « إن الأدلة علي رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع » .

وهذا يقودنا إلي الحديث عن معني الرخص والتخفيفات ، وفي المقابل معني العزيمة ؛ ذلك أن التيسير المذكور في القاعدة - كما قد ظهر من كلام العلماء - مقصود به الرخص والتخفيفات .

القـــول فـــي معـــنى العـــزيمة والرخــصة

« العزيمة » : في اللغة من العزم ، وهو القصد المؤكد ، وهي مأخوذة من عقد القلب المؤكد علي أمر ما ، ومن ذلك قوله - تعالي - : ﴿ فَنَسِيَ وَلَمْ نَجِدْ لَهُ عَزْمًا ﴾ (١) . أي : قصداً مؤكداً ، ومنه سمي بعض الرسل « أولو العزم » لتأكيد قصدهم في إظهار الحق .

والعزيمة عند الأصوليين « عبارة عما لزم العباد وبإيجاب الله - تعالي - » (٢) .

وقال في أصول السرخسي : « العزيمة في أحكام الشرع - ما هو مشروع منها ابتداء من غير أن يكون متصلاً بعارض » (٣) .

وقال في « التقرير والتحبير » : إن العزيمة « ما شرع ابتداء غير متعلق بالعوارض » (٤) . أي : غير مبني علي أعذار العباد . (وهو إيضاح لابتدائية شرعية الحكم) .

---

(١)- آية (١١٥) سورة طه .
(٢)- المستصفي (١١٦).
(٣)- أصول السرخسي (١/١١٧).
(٤)-(٢/١٤٦).

ومعني شرعيتها ابتداء : أنها لم تسبق في شريعتنا بأحكام أخري في موضوعها .

وجاء في الموافقات : أن «العزيمة ما شرع من الأحكام الكلية ابتدا»[1] ، ومعني كونها كلية : أنها لا تختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلفون - دون بعض ، ولا ببعض الأحوال دون بعض: كالصلاة - مثلاً - فإنها مشروعة علي الإطلاق والعموم في كل شخص ، وكل حال ، وكذلك الصوم ، والزكاة، والحج ، والجهاد ، وسائر شعائر الإسلام الكلية .

ويدخل تحت هذا ما شرع لسبب مصلحي في الأصل : كالمشروعات المتوصل بها إلي إقامة مصالح الدارين من البيع، والإجارة ، وسائر عقود المعاوضات ، وكذلك أحكام الجنايات ، والقصاص، والضمان ، وبالجملة سائر أحكام الشريعة [2] .

والعزيمة بهذا تتنوع إلي الأحكام الخمس ، وهي : الواجب ، والمندوب، والحرام ، والمكروه ، والمباح .

علي أنها لا تطلق - عند التحقيق - إلا إذا كانت هناك رخصة مقابلة لها ، أما مالا رخصة فيه بحال، فلا يطلق عليه اسم «العزيمة» .

و«**الرخصة**» : في اللغة من السهولة واليسر، يقال : رخص السعر إذا تراجع ، وسهل الشراء وتيسر.

وعند الأصوليين «عبارة عما وسع للمكلف في فعله لعذر ، وعَجْزٍ عنه مع قيام السبب المحرم» [3] .

---

(١)- (١/٣٠٠) . (٢)- السابق .
(٣)- المستصفي (١١٦).

وفي الإبهاج عن إمام الحرمين : أن «الرخصة ماجاز فعله مع قيام المقتضي للمنع» [١] .

وقد نقد ذلك الآمدي حيث جاء في الإحكام : «قال أصحابنا : الرخصة ما جاز فعله لعذر مع قيام السبب المحرم ، وهو غير جامع ، فإن الرخصة كما قد تكون بالفعل ، قد تكون بترك الفعل: كإسقاط وجوب صوم رمضان ، والركعتين من الرباعية في السفر ، فكان من الواجب أن يقال : الرخصة ما شرع من الأحكام لعذر . . إلي آخر الحد » [٢] .

وفي أصول السرخسي : « الرخصة ماكان بناء علي عذر يكون للعباد، وهو ما استبيح للعذر مع بقاء الدليل المحرم» [٣] .

وقال ابن أمير حاج في «التقرير» – في معني الرخصة – : « هو ما شرع تخفيفا لحكم آخر مع اعتبار دليله قائمَ الحكم(أي : باقيًا العمل به) لعذر خوف تلف النفس، أو العضو . ولو أنملة ، إذا لم يمتثل ذلك» [٤] .

وجاء في «التقرير» أيضا – أنه «تعرف الرخصة بما تغير من عسر إلي يسر من الأحكام» [٥] .

وقال الشاطبي : «وأما الرخصه فماشرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع ، مع الاقتصار علي مواضع الحاجة فيه» [٦] ، فكونه مشروعًا لعذر هو الخاصة التي ذكرها الأصوليون ، وكونه شاقًا، فإنه قد

---

(١)- الإبهاج (١ /٨١). (٢)- الإحكام للآمدي (١/١١٤).
(٣)- أصول السرخسي (١/١١٧).
(٤)- التقرير والتحبير شرح التحرير(٢/١٤٦).
(٥)- السابق(٢/١٤٦،١٤٨).
(٦) الموافقات (١/ ٣٠٢) .

يكون العذر مجرد الحاجة من غير مشقة موجودة فلا يسمي لذلك رخصة، وإنما يكون مثل هذا داخلا تحت أصل الحاجيات ، وقد يكون العذر راجعًا إلي أصل تكميلي - فلا يسمي رخصة - أيضا- .

وفي « روض الناظر » لابن قدامة : أن «الرخصة استباحة المحظور مع قيام الحاظر » ، وقيل : « ما ثبت علي خلاف دليل شرعي لمعارض راجح » [1] .

وخلاصة ذلك: أن الرخصة هي ما شرعه الله - تعالي - من أحكام لعباده - علي خلاف الأصل - عند قيام العذر ؛ رعاية لمصلحتهم (جلبًا للمنفعة ، أو دفعًا للمضرة) مع بقاء السبب الموجب للحكم الأصلي.

والعذر - هنا - هو كل ما فيه معني المشقة [2] ، ومثال ذلك : التلفظ بالكفر عند الإكراه، والأكل من الميتة عند الضرورة ، فالعذر في الأول : هو الإكراه، وفي الثاني : ضرورة حفظ النفس، مع بقاء سبب الحكم الأصلي، وهو - في الأول - وجود أدلة وجوب الإيمان ، وحرمة الكفر، وفي الثاني : هو حرمة الميتة ؛ لضررها .

أما إذا لم يبق السبب الموجب للحكم الأصلي : كحل ترك المسلم الثبات لعشرة من الكفار بعد أن كان ممنوعًا- فلا يسمي رخصة ؛ لأن الحكم الأصلي، وهو : وجوب الثبات للعشرة - قد زال سببه ، وهو: قلة المسلمين ،وحين أبيح لهم ترك هذا الثبات لم يكونوا قلة وإنما كانوا كثرة .

---

(١)- (١٨٣،١٧٢/١).

(٢)- وقد تقدم من مفهوم كلام الشاطبي عن المشاق التي تستدعي الرخص والتخفيفات : أنها ما يلحق بالمكلف ضرراً محققًا.

ويقال بعد ذلك إن النظر فيما عرض له من تعريف الرخصة والعزيمة ينتهي بنا إلي تقرير : أن الأصل العزيمة ، ولكن المكلف يعدل عنها إلي الرخصة عندما يوجد العذر الذي فيه معني المشقة.

وأن الرخصة عدول بالحكم عن الأصل من قبل الشرع نفسه، لا من قبل المشروع له مع الاقتصار علي المواضع التي قام فيها العذر ، وبقاء حكم الأصل جاريًا في غيرها من المحال.

والذي يلاحظ علي مثل هذا أنه - في حقيقة الأمر - أحد سبل الشريعة لإزالة الضرر ؛ إذ إن الغرض من تشريع الرخصة - كما هو الظاهر - التيسير علي المكلفين ، ورفع الحرج عنهم ، وليس بخاف ما في هذا من معني إزالة الضرر ، علي أن تفصيل القول في ذلك سيأتي في موضعه .

أقسا م الرخصة :

قسَّم الشافعية ومن وافقهم الرخصة إلى خمسة أقسام [1] :

الأول - ما يجب فعلها :كأكل الميتة للمضطر، والفطر لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع، والعطش، وإن كان مقيمًا صحيحًا ، وإساغة الغصة بالخمر ، فتعاطي الرخصة في هذا الموضع دلت الشريعة علي أنه حتم؛ قطعًا للضرر الذي يقع إذا لم تتعاط الرخصة ، والضرر - هنا - بالغ الخطورة ، فهو يشكل تهديداً حقيقيًا بإهلاك النفس وإتلافها .

الثاني - ما يندب فعلها : كالقصر في السفر ، والفطر لمن يشق عليه الصوم في سفر، أو مرض، والإبراد بالظهر، والنظر إلي المخطوبة .

---

(١)- انظر : الأشباه للسيوطي (٨٢).

الثالث – ما يباح فعلها : كالسلم ، والعرايا .

الرابع– ما الأولي تركها : كالمسح علي الخف، والجمع ، والفطر لمن لا يتضرر، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل، وهو قادر عليه .

الخامس – ما يكره فعلها : كالقصر في أقل من ثلاثة مراحل .

ويلاحظ علي هذا التقسيم : أنه كلما كانت المضرة المترتبة علي عدم تعاطي الرخصة أشد – كان تعاطيها أوجب .

أما الحنفية فقد قسموا الرخصة إلي أربعة أقسام [1] :

الأول – إباحة الفعل المحرم عند الضرورة والحاجة ، ومثاله : التلفظ بالكفر عند الإكراه عليه بالقتل ، أو بقتل بعض الأعضاء مع اطمئنان القلب بالإيمان .

علي أنهم يرون أن الأخذ بالعزيمة – هنا – أولي ، ولو قتل كان مأجوراً .

ومن أمثلة ذلك – أيضًا – حل أكل الميتة عند الجوع الشديد، وإباحة شرب الخمر عند الظمأ الشديد، وحكمه : الجواز إلا إذا خاف الشخص هلاك نفسه، أو ذهاب عضو من أعضائه، فحينئذ يصير العمل بالرخصة واجبًا ، فإذا لم يعمل بها حتي مات كان آثما .

الثاني – إباحة ترك الواجب إذا كان في فعله مشقة تلحق المكلف : كإباحة الفطر في رمضان للمسافر ، والمريض ، وكقصر الصلاة .

---

(١) التقرير والتحبير (١٤٦/٢) ، وأصول السرخسي (١١٧/١، وما بعدها).

الثالث- إباحة العقود والتصرفات التي يحتاج الناس إليها مع مخالفتها للقواعد المقررة :كعقد السلم ونحوه .

الرابع- رفع الأحكام الشاقة التي كانت مشروعة في الشرائع السابقة ، والتخفيف فيها عن الأمة الإسلامية : كاشتراط قتل النفس للتوبة من العصيان في شرع من قبلنا . .إلخ .

وكل هذا ظاهر في بيان طرائق الشرع ووسائله إلي قطع المضار، وإزالة أسبابها التي هي الحرج والمشقة .

إطلاقات الرخصة :

ذكر الشاطبي في « موافقاته » ثلاثة إطلاقات أخري للرخص، الأول أنها قد تطلق علي ما استثني من أصل كلي يقتضي المنع مطلقا من غير اعتبار بكونه لعذر شاق : كالقرض، والمساقاة ، والسلم .

الثاني : أنها قد تطلق علي ما وضع عن هذه الأمة من التكاليف الغليظة، والأعمال الشاقة .

الثالث : أنها تطلق علي ما كان من المشروعات توسعة علي العباد مطلقا مما هو راجع إلي نيل حظوظهم وقضاء أوطارهم ؛ لأن العزيمة - هنا - وهي الأصل : أنه يجب أن يبذل الإنسان حياته كلها لله ، لكن الله - عز وجل - تفضل ورخص للبشر كثيراً من حظوظهم لقضاء أوطارهم : كالمآكل، والمشارب ، والمناكح.

فمن هذه الإطلاقات ما هو خاص ببعض الناس ، ومنها ما هو عام للناس كلهم ، ثم قال الشاطبي : « وحكم الرخصة الإباحة مطلقا من حيث هي رخصة » (١) .

---

(١) - الموافقات (١/٣٠٤، ٣٠٦، ٣٠٧).

تلك هي الرخصة التي تجلبها قاعدة المشقة بغرض السهولة واليسر علي المكلفين ؛ رفعًا للحرج، وقطعًا للضرر.

ويؤكد من هذا المعني ما جاء في « الموافقات »من أن رفع الحرج عن المكلف يكون لوجهين [1] ، أحدهما - وهو ما نريده - : الخوف من الانقطاع من الطريق، وبغض العبادة ، وكراهة التكليف، وينتظم تحت هذا المعني الخوف من إدخال الفساد عليه في جسمه ، أو عقله ، أو ماله ، أو حاله .

فهذا تصريح بأن رفع الحرج من قبل الشرع كان لخوف إدخال الفساد (الضرر) علي المكلف في جسمه، أو عقله، أو ماله، أو حاله ، فتكون الرخصة - التي بها حصل رفع الحرج - وسيلة - ضمن وسائل الشريعة - لإزالة الضرر .

وبهذا فإنه يكون البحث قد فرغ من الحديث عن بيان أصل قاعدة المشقة ؛ وحقيقة معناها ، والمقصود بالتيسير الذي تجلبه والذي حاصلة : استعمال الرخص والتخفيفات رفعًا للضرر ودرءًا للمفسدة.

ويبقي أن نتحدث عن طريقة عمل القاعدة ، وما ينبني علي ذلك من قطع المضار، والبحث يعرض - فيما يلي - لذلك .

طريقة عمل القاعدة . وما ينبني على ذلك من قطع المضار

تعمل القاعدة بالتخفيفات والرخص إذا قامت الأسباب التي يغلب معها وقوع المشقة في العبادات وغيرها، وهي سبعة [2] :

---

(١)- انظر : السابق (١٣٦/٢).

(٢)- انظر: الأشباه لابن نجيم (٧٥) ، والأشباه للسيوطي (٨٥).

الأول : السفر . قال النووي : ورخصه ثمانية ، منها :

- ما يختص بالطويل[1] ، وهو القصر[2] ، والفطر ،والمسح أكثر من يوم وليلة، وزاد الحنفية وسقوط الأضحية. قال ابن نجيم : علي ما في «غاية البيان» .

- وما لا يختص به، وهو ترك الجمعة . قال النووي : وأكل الميتة ، وقال ابن نجيم : وترك العيدين والجماعة .

- وما فيه خلاف ، والأصح اختصاصه به ، وهو : الجمع.

- وما فيه خلاف، والأصح عدم اختصاصه به ، وهو : التنفل علي الدابة ، وإسقاط الفرض بالتيمم.

واستدرك ابن الوكيل رخصة تاسعة، صرح بها الغزالي ، وهي : ما إذا كان له نسوة وأراد السفر ، فإنه يقرع بينهن ، ويأخذ من خرجت لها القرعة ، ولا يلزمه القضاء لضراتها إذا رجع . وهل يختص ذلك بالطويل ؟ وجهان . أصحهما لا .

---

(١)- السفر الطويل عند الجمهور (المالكية ،والشافعية ،والحنابلة) ما كانت مسافته ثمانية وأربعين ميلاً ، وهو ما يعبر عنه بأربعة برد ، أو ستة عشر فرسخًا.

وأما الحنفية فمذهبهم في السفر الطويل أن يقصد الإنسان مسيرة ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل، ومشي الأقدام، والسير المذكور هو الوسط، ولا معتبر في المذهب - علي الصحيح - بالفراسخ.

انظر : الشرح الكبير بحاشية الدسوقي (٣٥٨/١)، والخرشي بحاشية العدوي (٥٦/٢، ٥٧) ، والموطأ مع المنتقي (٢٦٣/١) ، وانظر : المجموع للنووي (٣٢٢/٤، ٣٢٣)، وانظر : متن الخرقي مع المغني (٩٠/٢) ، والإنصاف (٣١٨/٢)،وانظر : الهداية (٨٠/١).

(٢)- والقصر للمسافر- عند الحنفية - رخصة إسقاط بمعني العزيمة ، بمعني أن الإتمام لم يبق مشروعًا حتي أثم به وفسدت لو أتم ولم يقعد علي رأس الركعتين . انظر : الأشباه لابن نجيم (٧٥).

وعلي مثل هذا نص ابن نجيم . قال : واستحباب القرعة بين نسائه .

وهكذا نري عمل قاعدة المشقة في هذا الباب، فإنه لما كان السفر فيه معني المشقة – انبني عليه هذا التخفيف والترخص لقطع الضرر ، ورفع الحرج.

فكان العمل بمقتضي قاعدة المشقة وسيلة الشريعة لإزالة الضرر الناتج عن اجتماع مشقتين علي المكلف : مشقة السفر ، ومشقة التكليف، فناسب التخفيف، والأخذ بالرخصة ؛ وذلك للخوف من إدخال الفساد علي المكلف في جسمه ..... إلخ.

والثاني : المرض، ورخصه كثيرة ، التيمم عند الخوف علي نفسه، أو علي عضوه ، أو من زيادة المرض، أو بطئه ، والقعود في صلاة الفرض، والاضطجاع فيها ، والإيماء، والتخلف عن الجماعة والجمعة مع حصول الفضيلة ، والفطر في رمضان للشيخ الفاني مع وجوب الفدية عليه ، والانتقال من الصوم إلي الإطعام في كفارة الظهار، والخروج من المعتكف ، والاستنابة في الحج، وفي رمي الجمار، وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية، والتداوي بالنجاسات وبالخمر ، قال السيوطي : علي وجه . وقال ابن نجيم : علي أحد القولين . واختار قاضي خان عدمه، وإساغة اللقمة إذا غص بها اتفاقا ، وإباحة النظر للطبيب حتي العورة والسوأتين [1] .

ويقال – هنا – مثل ما تقدم من أنه لما كان المرض فيه معني المشقة – انبني عليه هذا التخفيف والترخص قطعًا للضرر ورفعًا للحرج.

---

(١)– الأشباه للسيوطي (٨٦) ، والأشباه لابن نجيم (٧٥).

فكان العمل بمقتضي قاعدة المشقة وسيلة الشريعة لإزالة الضرر الناتج عن اجتماع مشقتين علي المكلف: مشقة المرض، ومشقة التكليف.

وبناء عليه فإنه يكون من المناسب التخفيف والأخذ بالرخصة؛ وذلك للخوف علي المكلف من أن يدخل عليه الفساد (الضرر) في جسمه .. إلخ.

الثالث: الإكراه:

- تعريفه:

قال في «التلويح»: الإكراه هو «حمل الغير علي أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو خلي ونفسه» (١).

وقال في التقرير والتحبير: إن «الإكراه حمل الغير علي ما لا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار مباشرته لو ترك ونفسه» (٢).

هذه هي حقيقة الإكراه عند العلماء، علي أن الملاحظ في تعريف «التقرير» للإكراه: أنه أجمع؛ لشموله الإكراه علي أن يقول ما لا يرضي، والإكراه علي أن يعمل مالايرضي، فتكون الأقوال، والأفعال محلا يرد عليه الإكراه، وهذا بخلاف تعريف «التلويح» للإكراه، إذ ليس فيه إلا الإكراه علي أن يفعل ما لايرضي.

---

(١)- شرح التلويح علي التوضيح (٢/١٩٦).

(٢)- التقرير والتحبير (٢/٢٠٦).

- أنواع الإكراه :

أما أنواع الإكراه فهي نوعان (١) :

النوع الأول : الإكراه الملجئ، أو الكامل ، وهو الذي لا يبقي للشخص معه قدرة ، ولا اختيار؛ بأن يهدد بما يلحق به ضرراً في نفسه، أو في عضو من أعضائه .

وحكمه : أنه يعدم الرضا، ويفسد الاختيار (٢) .

ومثاله : التهديد بالقتل، أو التخويف بقطع عضو ، أو بضرب مبرح (أي : شديد) متوالٍ يخاف منه إتلاف النفس أو العضو .

فكل ما يضطر الفاعل إلي مباشرة الفعل خوفًا من فوات النفس، أو ما هو في معناها كالعضو - فهو ملجئ (٣) .

والنوع الثاني : الإكراه غير الملجئ ، أو الناقص، وهو التهديد بما لا يضر النفس، أو العضو : كالتخويف بالحبس أو القيد، أو الضرب اليسير الذي لا يخاف منه التلف، أو بإتلاف بعض المال .

---

(١)- شرح التلويح (٢ / ١٩٧) ، و التقرير والتحبير(٢/٢٠٦).

(٢) - الفرق بين الراضي والمختار عند الحنفية : أن الأول يقصد إلي القول أو الفعل مع الرغبة فيه ، والارتياح إليه ؛ لأنه يشبع حاجة في نفسه، أما الثاني فهو يقصد إلي القول ، أو الفعل برغبة وارتياح ، أو بغيرهما ، فالذي يجبر علي أحد أمرين كلاهما شر ، فيفعل أقلهما ضرراً يعد مختاراً ، ولكنه غير راض ، فكل راض مختار، ولا عكس .

وعند الشافعية : الرضا والاختيار متلازمان ، فلا يكون اختيار من غير رضا. فمع الهزل ، والخطأ ، والإكراه : لا يتحقق الرضا وإن تحقق الاختيار عند الحنفية ، ولا يتحقق الرضا ، ولا الاختيار عند الشافعية .

انظر : أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله - عليه رحمة الله -. (ص ٤١٢).

(٣)- انظر : التلويح (١/١٩٦) ، ويري الشافعية أن الإكراه ما كان ملجئًا ، وأما غير الملجئ فلا يسمي إكراهًا . انظر : في تفصيل ذلك : تحفة الطلاب لأبي زكريا الأنصاري (٢٠٧) . والإكراه بالحبس- عندهم - ملجئ؛ لأن في الحبس ضرراً كالقتل، والعصمة تقتضي دفع الضرر ، بخلاف نحو إتلاف المال ، وإذهاب الجاه فلا يكون إكراهًا .

وحكمه : أنه يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار [١] .

وهناك نوع ثالث : أشار إليه الحنفية في كتبهم ، وهو تهديده بحبس نحو ابنه ، أو أبيه ، أو أمه ، أو زوجته ، وكل ذي رحم محرم منه : كأخته ..، فالقياس : أنه ليس إكراهًا ؛ لأنه لايلحقه ضرر بذلك، والاستحسان : أنه إكراه ؛ لأن بحبسهم يلحق به من الحزن والهم ما يلحق بحبس نفسه ، أو أكثر ، فكما أن التهديد في حقه بذلك يُعْدِمُ تمام الرضا، فكذا التهديد بحبس أحدهم ، ويرتب الحنفية علي ذلك عدم نفاذ التصرفات المكره عليها استحسانًا [٢] .

وقد يقال عن مثل هذا : إنه إكراه أدبي ، ويدخل تحته كل ما كان علي شاكلته .

- اثر الإكراه علي التصرفات :

يستفاد مما ذكره السيوطي «في الأشباه» : أن الإكراه الملجئ لا يتعلق به تكليف، أوبتعبير آخر : أنه يمنع التكليف [٣] .

وبناء عليه فإنه لا يكون علي المستكره إثم؛ لأن الإكراه - هنا - يفسد القصد والاختيار، وأيضًا نسبة الحكم إلي الفاعل بلا رضاه إلحاق للضرر به ، وهو غير جائز ؛ لأنه معصوم محترم الحقوق والعصمة تقتضي أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه ؛ لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره [٤] .

---

(١)- انظر : التقرير والتحبير (٢/ ٢٠٦).

(٢)- انظر السابق .

(٣)- الأشباه للسيوطي (٢٠٣).

(٤)- انظر : التلويح (٢ / ١٩٦، ١٩٧) ، والتقرير والتحبير (٢٠٧/٢) ، وللعلماء تفصيل في حكم ما يترتب علي هذا الإكراه ، فإن كان المكره عليه شرب الخمر - فلا يجب الحد علي المستكره ، وإن =

أما النوع الثاني (غير الملجئ) فإن كان في التصرفات القولية، وكان إقراراً - بطل بالإكراه كما يبطل بالهزل؛ لأن الإقرار إنما يعتبر حجة باعتبار ترجح جانب الصدق فيه، ولا يكون كذلك إلا عن رضا.

وإذا كان التصرف القولي إنشاء، فإن كان من التصرفات التي لا تقبل الفسخ وتصح مع الهزل - كالزواج والطلاق - كان تصرفًا صحيحًا؛ إذ إنه لا يتأثر بالإكراه كما لا يتأثر بالهزل.

=كان المكره عليه السرقة - فلا إثم علي المستكره، ولا حد عليه، فإن كان الإكراه علي الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان - فلا يحكم بالردة، ولا تبين امرأة المستكره....إلخ، وإن كان الإكراه علي إتلاف المال - فالضمان علي المكره عند الحنفية، و الحنابلة - في الأرجح عندهم - وبعض الشافعية، فإن كان الإكراه علي القتل - فالإثم علي المستكره اتفاقاً، والخلاف فيمن يقتص منه: المكره، أو المستكره، أو هما معًا ؟، وإن كان الإكراه علي الزنا فإما أن يقع علي المرأة، أو يقع علي الرجل، فإن وقع علي المرأة، فلا حد عليها عند جمهور الفقهاء سواء أكان الإكراه تامًا، أم ناقصاً، وإن وقع الإكراه علي الزنا علي الرجل، فاختلف فيه، فالمختار عند الحنابلة: وجوب الحد عليه، كان الإكراه ملجئا، أو غير ملجئ؛ لأن الزنا لايتحقق إلا بانتشار العضو، والانتشار لا يكون مع الخوف، فحيث يوجد الانتشار توجد الطواعية في الفعل، فيكون المستكره علي الزنا إذا حدث منه طائعًا فيجب عليه الحد.

وقال الشافعية - في المعتمد عندهم -: لا يجب الحد علي المستكره علي الزنا سواء كان الإكراه تامًا أمْ ناقصًا؛ لأن الإكراه، أياكان نوعه يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وأما الحنفية فلا يوجبون الحد في حالة الإكراه التام، ويوجبونه في حالة الإكراه الناقص.

وللمالكية في ذلك تفصيل: فإن كان الرجل والمرأة مكرهين علي الزنا وجب الحد، وإن كانت المرأة طائعة ولم تكن ذات زوج - فقد أسقطت حقها برضاها، فلم يبق سوي حق الله - تعالي - وحق الله يسقط بالإكراه، ولا يجب الحد عند بعض المالكية إذا كان التهديد بالقتل، أما بغير القتل فيجب الحد، وهذا هو المفتي به، والمشهور في المذهب: وجوب الحد علي الرجل والمرأة.

انظر فيما سبق: البدائع (١٧٥/٧ وما بعدها)، ومجمع الضمانات (٢٥٠، وما بعدها)، وتكملة فتح القدير (٢٠٤/٩، وما بعدها)، ومختصر الطحاوي (٤٠٩، ومابعدها)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣١٨/٤)، والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (ق٥٧٤٢، ٥٧٧)، والفروق (٢٠٨/٢)، وتهذيب الفروق(٢٠٣/٢)، وقواعد الأحكام (١٥٥/٢)، ومغني المحتاج (٨،٧/٢)، (٢٨٩/٣)، والأشباه للسيوطي(٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨)، والمغني لابن قدامة (٣٣٠/٩، ٣٣١)، (١٠٥/١٠، وما بعدها) (١٥٨/١٠: ١٦٠)، والقواعد لابن رجب (٢٨٦، ٢٨٧)، وكشاف القناع (١١٦/٤).

وإن كان من التصرفات التي تقبل الفسخ ، ولا تصح مع الهزل : كالبيع والإجارة - كان تصرفًا فاسداً [1] .

علي أن الجمهور يرون بطلان التصرفات القولية - ما كان منها إقراراً، أو إنشاء - فالإكراه علي الإقرار لا يصح به الإقرار، والإكراه علي الطلاق لا يقع به الطلاق [2] ، وهو ما يتمشي مع روح الشريعة ونصوصها .

أخرج ابن ماجة في سننه من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - قال : «إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان ،وما استكرهوا عليه » [3] .

وأما إن كان في التصرفات الفعلية ، فإن كان إكراهًا علي ارتكاب مايوجب حداً من الحدود: كالإكراه علي شرب الخمر ، أو الزنا، أو السرقة - فلا حد عليه إلا إذا كان رجلاً وأكره علي الزنا عند الحنابلة، والمالكية [4]

---

(١) انظر : أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله (٤١٢) ، وشرح التلويح (٢/١٩٧)، والتقرير والتحبير(٢/٢٠٧)، والدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦/١٣٠).

(٢)- انظر : القوانين (١٩٧) ، والخرشي (٤/٣٣)، والشرح الكبير(٢/٣٦٧)، وانظر: المهذب (٢/٩٩)، ومغني المحتاج (٣/٢٨٩) ، وانظر : المغني لابن قدامة(٨/٢٥٩) ، والإنصاف (٨/٤٣٩). هذا بشأن بطلان طلاق المستكره،

أما بشأن إقراره فانظر : المغني لابن قدامة (٥/٢٧٣) ، والمهذب (٢/٤٣٩) ، والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٤٥٧).

(٣)- سنن ابن ماجة (١/٦٥٩) كتاب الطلاق ، باب :«طلاق المكره والناسي».

وانظر : مجمع الزوائد للهيثمي (٦/٢٥٠) كتاب الحدود والديات ، باب : « في الناسي والمكره»، ففي الباب من حديث عقبة بن عامر، وثوبان ، وابن عمر عند الطبراني في الأوسط نحو ذلك بألفاظ مختلفة . قال السيوطي في الأشباه (١٨٨) بعد أن ذكر شواهد الحديث : وهذه شواهد قوية تقضي للحديث بالصحة .

(٤)- مذهب الجمهور (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة) : أن المستكره علي شرب الخمر ، أو السرقة يدرأ الإكراه عنه الحد، ولا إثم عليه عملا بمقتضي الأحاديث السابقة كما في الإكراه الملجئ =

وأما إن كان إكراها علي ما يوجب القصاص : كالقتل ، أو تلف عضو - فلا ينفذ ما أكره عليه .

فلو أكره علي قتل مسلم ، صبر ولم يقتل المسلم ، وكذا تلف عضوه؛ لأن صيانة نفسه ، أو عضوه ليست بأولي من صيانة أخيه المسلم (١) .

وأما إن كان الإكراه علي إتلاف المال. أي : مال الغير بحرق ونحوه ففيه خلاف بين العلماء، ولعل الراجح أنه يتلفه والضمان علي المستكره، وقيل عليهما (٢) .

فإن كان الإكراه بحق مثل : إكراه الدائن المدين علي بيع ماله، وإكراه الحاكم الغني علي إخراج الزكاة، وإكراه القاضي الزوج علي نفقة زوجته . . .الخ - فإنه تكون التبعة كلها علي المستكره؛ لأن إكراهه بحق .

- أنواع تصرفات المكره بالنسبة للحكم الاخروي:

١- التصرف المحرم ولا اعتبار فيه للإكراه : كالقتل ، والزنا ، وضرب الوالدين ، ونحو ذلك .

=أما الحنفية فإنهم يرون أن الحد والإثم لايرتفع عن المستكره، ما دام الإكراه ناقصًا (غير ملجئ).

وللعلماء تفصيل بخصوص الزنا مثل ماتقدم في الإكراه الملجئ من جهة هل يتصور ورود الإكراه علي الزنا؟ وذلك باعتبار أن آلة الزنا في الرجل لاتنتشر إلا بطواعية واختيار، أو باعتبار أنها تنتشر طبعًا وطوعًا ، وتنفعل بمجرد ملاقاة أسباب الانفعال .

انظر : المبسوط (٨٨/٢٤) ، والخرشي (٨٩/٨، ٨٠) ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٢٠٨) ، والمغني لابن قدامة(١٥٩/١٠).

(١)- تقدم مثل ذلك في الإكراه الملجئ ، وأنه يأثم المستكره اتفاقًا، والخلاف فيمن يقتص منه، هل هو المكره، أو أنه المستكره؟ أو هما معًا؟.

(٢)- انظر : البدائع(١٧٩/٧) ، ومجمع الضمانات (٢٠٥)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤٤٤/٣)، والروضة (١٤٢/٩)، وكشاف القناع (١١٦/٤) ، والقواعد لابن رجب (٢٨٦) ، والفقه الإسلامي للدكتور أحمد يوسف (٣٤٨).

٢- التصرف المباح بالإكراه ، مثل الإكراه علي تناول المحرمات : كالميتة، ولحم الخنزير، وشرب الخمر .

٣- التصرف المرخص فيه بالإكراه مع بقاء أصل الحرمة، مثل التلفظ بكلمة الكفر، وقلبه مطمئن بالإيمان، أو إتلاف مال الغير [١] .

- خاتمة الإكراه :

ونختم حديثنا عن الإكراه بتسجيل هاتين الملاحظتين :

الأولي : أنه لوحظ وجود ضررين في الإكراه، أحدهما أشد من الآخر، وأن المكره يحمل المستكره بتهديده بأشد الضررين حتي يأتي بالضرر الآخر دفعًا للضرر الأشد، فيكون في الإكراه ذاته معني التزام أخف الضررين لتفويت أشدهما، ثم تأتي الشريعة بعد ذلك بإزالة آثار هذا الضرر الذي التزمه المستكره عن طريق إعمال قاعدة الإكراه علي التفصيل السابق ، باعتبار أن الإكراه مشقة تستدعي وتتطلب التخفيف، والأخذ بالرخص؛ رفعًا للحرج عن المكلف ، وذلك لخوف أن يدخل عليه الفساد (الضرر) في جسمه ، أو عقله ، أو ماله ، أو حاله ، فتكون إزالة الضرر قد تمت علي مرحلتين ، الأولي : بالتزام أخف الضررين لتفويت الأشد، والثانية : بإزالة الضرر الملتزم والآثار المترتبة عليه ، وهذه هي حقيقة الإكراه ، وصلته بالضرر.

والملاحظة الثانية : هي ما سبقت الإشارة إليه من أن الأصل في الإكراه الكامل : أنه يفسد القصد والاختيار، فلا تصح نسبة الحكم إلي الفاعل(المستكره) بلا رضاه ؛ إذ إن هذا إلحاق للضرر به، وهو غير جائز ؛

---

(١)- انظر البدائع : (١٧٦/٧، ١٧٧).

لأنه معصوم محترم الحقوق ، والعصمة تقتضي أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه؛ لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره.

وبناء عليه تكون نسبة الفعل إلي الآمر(أي : المكره) ، وذلك وفق ما ذكر من تفصيلات العلماء.

ومثل هذا قطع للضرر عن المستكره، وإتاحة للسبيل أمام العقوبة حتي تلحق بالمكره ردعًا له وزجراً لنفسه، ولغيره عن الإقدام علي مثل ذلك من مسببات الضرر ، فيكون في هذا – أيضًا – معني من معاني قطع الضرر ، وإزالة آثاره المترتبة عليه .

الرابع : النسيان :

– تعريفه :

النسيان هو عدم الاستحضار للشيء قت الحاجة إليه (١) .

– حمكه :

من الثابت شرعاً أن النسيان أحد الأسباب المرخصة ، وقد تقدم ذكر حديث النبي – ﷺ – بهذا الخصوص عند ابن ماجة وغيره ، وفيه نص علي أن الله – تعالي – تجاوز عن أمة رسول الله – ﷺ – الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه .

وقال السيوطي – رحمه الله – : «اعلم أن قاعدة الفقه : أن النسيان والجهل مسقط للإثم مطلقا» (٢) ، وقال ابن نجيم : «واتفق العلماء علي

---

(١)– التقرير والتحبير (٢/١٧٦، ١٧٧).

(٢)– الأشباه للسيوطي (١٨٨).

أنه (أي : النسيان) مسقط للإثم مطلقًا» [1] .

فالنسيان يعتبر عذرًا في حقوق الله- تعالي- بالنسبة لرفع الإثم[2] ، وأما بالنسبة لترتب الحكم الدنيوي فهو أربعة أقسام [3] :

القسم الأول : أن يقع النسيان في ترك مامور، لم يسقط، بل يجب تداركه، ولا يحصل الثواب المترتب عليه ؛ لعدم الائتمار.

ومن ذلك :

١- من نسي صلاة ، أو صومًا ، أو حجًا ، أو زكاة، أو كفارة ، أو نذرًا -وجب تداركه بالقضاء بلا خلاف.

٢- لو وقف بغير عرفة فإنه يجب عليه القضاء اتفاقًا.

وقد ذكر السيوطي في الأشباه ، وابن نجيم في أشباهه فروعًا كثيرة تحت هذا القسم .

القسم الثاني : أن يقع في فعل منهي عنه، ليس من باب الإتلاف - فلاشيء فيه .

ومن ذلك :

١- من شرب الخمر ناسيًا فلا حد، ولا تعزير.

٢- الإتيان بمفسدات العبادة ناسيًا : كالأكل في الصلاة، والصوم ، وفعل ماينافي الصلاة : من كلام ، وغيره ، والجماع في الصوم ، والاعتكاف ، والإحرام،وارتكاب محظورات الإحرام التي ليست بإتلاف :

---

(١)- الأشباه لابن نجيم (٣٠٢).

(٢)- انظر : التقرير والتحبير (١٧٧/٢) ،وأشباه السيوطي (١٨٨)، وأشباه ابن نجيم (٣٠٢).

(٣)- انظر الأشباه والنظائر للسيوطي (١٨٨، وما بعدها).

كاللبس، والدهن ، والطيب . .، فالحكم في الجميع : عدم الإفساد ، وعدم الكفارة ، والفدية [1] .

على أن للحنفية تفصيلاً في ذلك ، وهو أنه إما أن يقع الفعل بتقصير من الإنسان : كالأكل في الصلاة ، فمثل هذا يفسد العبادة ؛ لوجود المذكر : وهو هيئة الصلاة .

وإما أن لايقع بتقصير من الإنسان فيكون عذراً سواء أكان معه ما يكون داعيًا إلي النسيان ومنافيًا للتذكر : كالأكل في الصوم، فإن الطبيعة تنزع إلي الأكل، أم لم يكن :كترك التسمية عند الذبح فإنه لا داعي إلي تركها ، لكن ليس هناك ما يذكر إخطارها بالبال ، وإجراءها على اللسان[2] .

القسم الثالث : أن يقع في فعل منهي عنه، وفيه إتلاف، لم يسقط الضمان ، أو بتعبير آخر : ففيه الضمان .

ومن ذلك :

– لو أتلف المشتري المبيع قبل القبض عليه ، فهو قابض في الأظهر.

– ويمين الناسي، فإذا حلف علي شيء بالله، أو الطلاق، أو العتق أن يفعله ، فتركه ناسيًا ، أولا يفعله ، ففعله ناسيًا للحلف، أو أنه المحلوف عليه ، أو علي غيره، ممن يبالي بيمينه، ووقع ذلك منه ناسيًا . قال السيوطي : «فقولان في الحنث ، رجح كلاً المرجحون ، ورجح الرافعي في

---

(١)- الأشباه للسيوطي (١٩٠، ١٩١).

(٢)- شرح التلويح علي التوضيح (٢/١٦٩) ، والتقرير والتحبير (٢/١٧٧).

المحرر : عدم الحنث مطلقا، واختاره في زوائد الروضة، والفتاوي» [1] .

القسم الرابع: إن كان الفعل يوجب عقوبة كان النسيان شبهة في إسقاطها : كما في الوطء بشبهة ، فإن عليه مهر المثل ، ولا حد [2] .

والذي يظهر من جملة ما عرض له أنه إذا ثبت النسيان فإنه يكون عذراً موجبًا للتخفيف رفعا للحرج، وقطعًا للمشقة، لخوف لحوق الضرر بالمكلف ، وذلك وفق ما عرض له .

وعلي هذا يكون العمل بمقتضي قاعدة النسيان جاريًا في نطاق تأكيد تحقيق مراعاة الشريعة للضرر : قطعًا له، ومنعًا منه .

الخامس : الجهل :

- تعريفه :

الجهل ضد العلم ، وهو قسمان : بسيط ، وهو : أن لا يعلم الإنسان ما من شانه أن يعلمه ، ومركب ، وهو : أن يعتقد خلاف الواقع[3] .

- حكمه :

تقدم قول السيوطي – رحمه الله – : «اعلم أن قاعدة الفقه : أن النسيان والجهل مسقط للإثم مطلقا» .

---

(١)- الأشباه للسيوطي (١٩٢).

(٢)- الأشباه والنظائر للسيوطي (١٩٧).

(٣)- انظر : التلويح (٢/١٨٠) ، والأشباه لابن نجيم (٣٠٢) ، والتعريفات للجرجاني (٧١) ، وأصول التشريع الإسلامي (٤١١) .

علي أن الجهل منه ما يعذر به المرء ، ومنه ما لا يعذر به[1] .

- فالجهل الذي لايصلح عذراً في الآخرة، هو الجهل بما قام عليه الدليل الظاهر البين ، بحيث يعد الجهل به جحوداً أو مكابرة: كجهل الكافر بصفات الله - تعالي - وأحكام الآخرة، وجهل صاحب الهوي، وجهل الباغي حتي يضمن مال العدل إذا أتلفه، وجهل من خالف في اجتهاده الكتاب أو السنة المشهورة، والإجماع.

- والجهل الذي يعد عذراً هو الجهل في موضع الشبهة ، والجهل في موضع الاجتهاد الصحيح، بحيث يخفي الأمر لعدم ظهور دليله : كالمحتجم إذا أفطر علي ظن أنها فطرته ، وكمن زني بجارية والده ، أو زوجته علي ظن أنها تحل له .

- والجهل في دار الحرب من مسلم لم يهاجر، وأنه يكون عذرا ، يعني أنه إذا أسلم إنسان في دار الحرب، ولم يتمكن من الهجرة إلينا، فلم يقم بما يوجبه الإسلام عليه ؛ لعدم معرفته - كان معذوراً ؛ لعدم انتشار أحكام الإسلام في دار الحرب، وكذلك إذا ارتكب في أول دخوله دارنا أمراً محظوراً في الإسلام ، ولكنه مباح في الدار التي خرج منها .

وهذا بخلاف من أسلم من أهل الذمة ممن يقيمون في دار الإسلام ، فلا يكون جهله عذراً له ؛ لذيوع أحكام الإسلام، ويسر السبيل إلي معرفتها .

- وجهل الشفيع ، وجهل البكر بنكاح الولي، وجهل الوكيل والمأذون بالإطلاق وضده ، فكل هؤلاء يعذرون بجهلهم ، ولا يعاملون

---

(١)- انظر : الأشباه لابن نجيم (٣٠٢، ٣٠٤) ، والتلويح (٢/ ١٨٠، وما بعدها).

معاملة العالم فيما وقع منهم ، فالوكيل - مثلاً - إذا تصرف قبل العلم بالعزل عن الوكالة ينفذ تصرفه علي الموكل ، ويكون الجهل عذراً .

وقد قسم السيوطي الجهل بالنسبة لترتب الحكم الدنيوي عليه - إلي أربعة أقسام كما في النسيان ، ولذلك فإنه جمع بين الجهل والنسيان تحت قاعدة واحدة سماها قاعدة : « الجهل والنسيان »، وهي :

الأول : أن يقع الجهل في ترك مأمور ، لم يسقط ، بل يجب تداركه، ولا يحصل الثواب المترتب عليه ؛ لعدم الائتمار (١) .

ومثاله : لو صلي بنجاسة لا يعفي عنها جاهلاً بها فعليه القضاء، وكذا لو وقف بغير عرفة جاهلاً يجب القضاء اتفاقًا .

وفي غير العبادات : ما لو فاضل في الربويات جاهلاً ، فإن العقد يبطل اتفاقًا ، فهو من باب ترك المأمورات ؛ لأن المماثلة شرط ، بل العلم بها -أيضًا -

وكذا لو عقد البيع أو غيره علي عين يظنها ملكه فبانت بخلافه ، أو النكاح علي محرم ، أو غيرها من المحرمات جاهلاً - فلا يصح .

الثاني : أن يقع في فعل منهي عنه ، ليس من باب الإتلاف - فلا شيء فيه : كمن شرب الخمر جاهلاً ، فلا حد ولا تعزير (٢) .

ومن ذلك : الإتيان بمفسدات العبادة جاهلاً : كالأكل في الصلاة ..، وارتكاب محظورات الإحرام التي ليست بإتلاف : كاللبس، والاستمتاع ، والدهن، والطيب سواء جهل التحريم ، أو كونه طيبًا فالحكم في الجميع :

---

(١)- الأشباه للسيوطي (١٨٨، ١٨٩).

(٢)- الأشباه والنظائر للسيوطي (١٩٠، ١٩١).

عدم الإفساد ، وعدم الكفارة ، والفدية .

ومنه : ما لو اشتري الوكيل معيبًا جاهلاً به ، فإنه يقع عن الموكل، إن ساوي ما اشتراه به، وكذا إن لم يساو في الأصح، فإنه بخلاف إذا ما علم.

وبالجملة : فكل مسألة تدق ، ويغمض معرفتها ، هل يعذر فيها العامي ؟ وجهان عند الشافعية، أصحهما : نعم .

الثالث : أن يقع في فعل منهي عنه ، وفيه إتلاف ، لم يسقط الضمان، أوبتعبير آخر : ففيه الضمان : كما لو أتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلاً ، عليه ، فهو قابض في الأظهر [١] .

وكما لو قدم له الغاصب المغصوب فأكله ضيافة جاهلاً – ضمنه .

الرابع : إن كان الفعل يوجب عقوبة كان الجهل شبهة في إسقاطها : كالواطئ بشبهة، فإن عليه مهر المثل ؛ لإتلاف منفعة البضع ، دون الحد [٢] .

ومن ذلك : قتل الخطأ، فيه الدية والكفارة دون القصاص .

والذي يلاحظ علي مجموع ما سبق أنه متي ثبت الجهل ، فإنه يكون عذرًا – كما في النسيان – موجبًا للتخفيف، والأخذ بالرخص رفعًا للحرج، وقطعًا للمشقة ؛ لخوف لحوق الضرر بالمكلف، وذلك وفق ما عرض له .

وبناء عليه يكون العمل بمقتضي قاعدة الجهل جاريًا في نطاق تحقيق وتأكيد مراعاة الشريعة للضرر : قطعًا له ، ومنعًا منه .

---

(١)– السابق (١٩٢، وما بعدها).

(٢)– الأشباه للسيوطي (١٩٧، وما بعدها).

السادس: العسر وعموم البلوى(ما يشق الاحتراز منه) : كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها . قال السيوطي : « كدم القروح ، والدمامل، والبراغيث ، والقيح، والصديد، وقليل دم الأجنبي ، وطين الشارع، وأثر نجاسة عسر زواله، وذرق الطيور إذا عم في المساجد والمطاف، وما يصيب الحب في الدوس من روث البقر وبوله » (١) .

ومن ذلك – أيضًا– : لبس الحرير للحكة والقتال ، وبيع نحو الرمان في قشره ، والموصوف في الذمة وهو السلم ؛ مع النهي عن بيع الغرر، والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة، وأنموذج المتماثل، وبارز الدار عن أساسها ، ومشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالبا من غير ترو ويحصل فيه الندم فيشق علي العاقد، فسهل الشارع ذلك عليه بجواز الفسخ في مجلسه، وشرع له أيضًا ثلاثة أيام ، ومشروعية الرد بالعيب . .، والحوالة ، والرهن ، والضمان ، والإبراء ،والقرض، والشركة، والصلح، والحجر، والوكالة، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والقراض، والعارية؛ وتعليل ذلك كما يراه السيوطي ، وابن نجيم : « للمشقة العظيمة في أن كل أحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه، ولا يستوفي إلا ممن عليه حقه، ولا يأخذه إلا بكماله، ولا يتعاطي أموره إلا بنفسه، فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير بطريق : الإجارة ، أو الإعارة ، أو القراض ، وبالاستعانة بالغير وكالة، وإيداعًا ، وشركة ، وقراضًا ، ومساقاة ، وبالاستيفاء من غير المديون حوالة، وبالتوثق علي الدين برهن ، وضامن ، وكفيل ، وحجر ، وبإسقاط بعض الدين صلحًا، أو كله إبراء » (٢) .

---

(١)– الأشباه للسيوطي (٧٨).

(٢)– أشباه السيوطي (٧٩)، وأشباه ابن نجيم (٧٩).

والنظر في كل هذا يتقرر به أن قاعدة المشقة عملت في كل ما ذكر من الفروع بالتخفيف والرخصة رفعًا للحرج وقطعًا للضرر، وهو ما تتأكد به وجهة البحث القائلة بأن العمل بتلك القاعدة أحد سبل الشريعة لإزالة الضرر.

ومن التخفيف - أيضًا - بمقتضي هذه القاعدة دفعًا للضرر ورفعًا للحرج- : جواز العقود الجائزة ؛ لأن لزومها يشق ،و يكون سببًا لعدم تعاطيها ، ولزوم اللازمة، وإلا لم يستقر بيع ولا غيره .

ومنه : إباحة النظر عند الخطبة ، وللتعليم ، والإشهاد، والمعالجة، وللسيد.

ومنه : إباحة أربع نسوة ، فلم يقتصر علي واحدة تيسيرًا علي الرجال وعلي النساء- أيضا- لكثرتهن ، ولم يزد علي أربع لما فيه من المشقة علي الزوجين في القسم وغيره .

ومنه : مشروعية الطلاق؛ لما في البقاء علي الزوجية من المشقة عند التنافر، وكذا مشروعية الخلع، والفسخ بالعيب ، ونحوه ، والرجعة في العدة لما كان الطلاق يقع - غالبًا- بغتة في الخصام والحرج، ويشق عليه التزامه، فشرعت له الرجعة في تطليقتين : ولم تشرع- دائمًا - لما فيه من المشقة علي الزوجة إذا قصد إضرارها بالرجعة.

ومنه : مشروعية الإجبار علي الوطء أو الطلاق في المولي؛ دفعًا للضرر عنها . هذا وقد أفاض السيوطي وابن نجيم في ذكر الفروع الفقهية التي تتخرج علي ذلك بما لا يتسع المجال لذكره ، وانتهيا إلي تقرير هذه النتيجة التي مفادها : أن غالب أبواب الفقه يرجع إلي هذا الذي ذكر [١].

---

(١)- انظر : الأشباه للسيوطي (٧٨، ٧٩، ٨٠)، والأشباه لابن نجيم (٧٦:٨١).

ومعني هذا أن الفقه الإسلامي مبني علي أساس التيسير علي الناس، ورفع الحرج عنهم، وأنه حيثما وجدت المشقة فإنه لا يسار إليها ، بل يتحول عنها ، ومثل هذا فيه قدر كبير من معني رعاية الشريعة للضرر؛ إذ إن التوسعة علي الناس برفع الضيق والحرج عنهم - كما هو مقتضي العمل بقاعدة المشقة - إزالة للضرر؛ بإزالة أسبابه .

السبب السابع: النقص ، فإنه نوع من المشقة ، فناسب التخفيف[١] ، فمن ذلك :عدم تكليف الصبي، والمجنون ، ففوض أمر أموالهما إلي الولي، وتربيته ، وحضانته إلي النساء رحمة عليه، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب علي الرجال: كالجماعة، والجمعة، والجهاد، والجزية، وتحمل العقل، وغير ذلك، وإباحة لبس الحرير، وحلي الذهب، وعدم تكليف الأرقاء بكثير مما علي الأحرار .. إلي آخر ذلك [٢] .

وليس بخاف ما في مثل هذا من معني رعاية الضرر ؛ إذ إن التخفيف علي هؤلاء بحيث لا يكلفون بما يكلف به الرجال ..إلخ - منشؤه رفع الحرج عنهم ، والتوسعة عليهم اعتباراً بحالهم التي لا يناسبها أن يكلفوا بما يكلف به من فوقهم ، ومؤدي ذلك : قطع الضرر الذي يتوقع حدوثه عند مساواتهم في التكليف بمن ذكر .

وقد نقل أستاذنا الدكتور أحمد يوسف سبباً **ثامناً** يستدعي ويتطلب التيسير والتخفيف، والأخذ بالرخص، وهو : الحاجة [٣] .

---

(١)- الأشباه لابن نجيم (٨١) ،والأشباه للسيوطي (٨٠).

(٢)- الأشباه للسيوطي(٨٠) ،والأشباه لابن نجيم (٨١، ٨٢).

(٣)- الفقه الإسلامي (٣٥٥) .

والحاجة هي الحالة التي يلحق بالواقع فيها عسر ومشقة زائدتان من غير أن يصل الأمر إلي درجة الهلاك ، أو التلف، أو مقاربة ذلك ، أوظنه . هذا في حق الفرد.

وأما في حق الجماعة : فما كانت به أحوالهم غير منتظمة.

إذاً فالحاجة قسمان : عامة، وخاصة.

فالعامة مثل ما ورد النص بإباحته استثناء من القواعد : كالإجارة، والسلم ، والوصية ..، وإباحة بيع العرايا.

والخاصة مثل :

-جواز اقتناء الكلب للصيد والزرع والماشية .

- استثناء حرمة لبس الحرير للرجال إلا كحلقة ونحوها .

- جواز الأكل من الغنيمة في دار الحرب للحاجة.

- جواز إصلاح الإناء بالفضة؛ لحاجة الإصلاح، استثناء من حرمة استعمال آنية الذهب والفضة.

علي أن لا تكون الحاجة - عامة ، أو خاصة - مصادمة للنصوص، فالمقصود إنما هو الحاجة التي لها شاهد من النصوص.

ويقال بعد ذلك : إن مراعاة الحاجة بالتخفيف والأخذ بالرخص- فيه قدر كبير من معني قطع المضار ؛ بقطع الأسباب المؤدية إليها ، إذ الحاجة توقع الإنسان في عسر ومشقة . أي : في ضرر ومفسدة، ومن ثم فإنه يكون قطع ذلك بالتخفيفات والرخص قطعاً للضرر بقطع أسبابه.

وبهذا فإنه يكون البحث قد فرغ من الكلام عن «أولاً» : بيان طريقة عمل قاعدة المشقة، والأسباب المؤدية إلي حصول المشاق المستوجبة للتيسير في الواقع.

ويبقي أن نتحدث عن ضوابط تلك المشاق المقتضية للتيسير ، وهذا ما سوف يعرض له البحث في « ثانيًا » ، وذلك وفق ما يلي :

ثانيًا : ضابط المشاق المقتضية للتخفيف :

المراد بالمشقة التي دلت النصوص علي قطعها ، والتي تدعو إلي التخفيف والترخيص – كما هو مقتضي القاعدة– إنما هي المشقة المتجاوزة للحدود العادية .

أما المشقة الطبيعية في الحدود العادية التي يستلزمها عادة أداء الواجبات ، والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة الصالحة، فلا مانع منها ، بل لا يمكن انفكاك التكليفات المشروعة عنها ؛ لأن كل واجب لا يعري عن مشقة : كمشقة العمل، واكتساب المعيشة، والصلاة، والصيام في حال الصحة، وبذل النفقات الواجبة، والجهاد لدفع غوائل الأعداء . فلكل من هذه التكاليف والواجبات نوع مشقة تستلزمها طبيعته ، وتختلف بحسبه درجتها ، وهذا لا ينافي التكليف ، ولا يوجب التخفيف؛ لأن التخفيف فيه – حينئذ – إهمال ، وتفريط [١] .

وبهذا فإنه يظهر أن المشقة علي ضربين [٢] :

الأول : مشقة لا تنفك عنها العبادة غالبًا : كمشقة البرد في الوضوء، والغسل ، ومشقة الصوم في شدة الحر ، وطول النهار، وكمشقة السفر –

---

(١)– المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفي أحمد الزرقا (٩٩٢/٢) . ط : دار الفكر.

(٢)– انظر: الأشباه للسيوطي (٨٠، ٨١) والفروق للقرافي (١٢٠/١) ، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٩/٢) . ط : الكليات الأزهرية – مراجعة : طه عبد الرؤوف سعد، والموافقات للشاطبي (١١٩/٢: ١٢٣) ، والأشباه لابن نجيم (٨٢) ، وشرحه غمز عيون البصائر للحموي (٢٦٧/١) . ط : دار الكتب العلمية – بيروت .

التي لا انفكاك عنها – للحج والجهاد، ومشقة ألم الحدود، ورجم الزناة، وقتل الجناة– فلا أثر لهذه في إسقاط العبادات في كل الأوقات .

الثاني : مشقة تنفك العبادة عنها ، وهي ثلاث مراتب :

– **المرتبة الأولي** : مشقة عظيمة فادحة : كمشقة الخوف علي النفوس، والأطراف ، ومنافع الأعضاء ، فهي موجبة للتخفيف والترخيص قطعًا.

ووجه ذلك «أن حفظ النفوس ، والأطراف لإقامة مصالح الدين أولي من تعريضها للفوات في عبادة ، أو عبادات يفوت بها أمثالها» (١) .

– **المرتبة الثانية** : مشقة خفيفة لاوقع لها : كادني وجع في إصبع، وأدني صداع في الرأس، أو سوء مزاج خفيف، فهذه لا أثر لها ، ولا التفات إليها ؛ لأن تحصيل مصالح العبادات أولي من دفع مثل هذه المفسدة (المضرة) التي لا أثر لها .

– **المرتبة الثالثة** : متوسطة بين هاتين المرتبتين ، فما دنا من المرتبة العليا – أوجب التخفيف، أو من الدنيا لم يوجبه : كحمي خفيفة، ووجع الضرس اليسير ، وما تردد في إلحاقه بأيهما اختلف فيه .

وقد أشار الشيخ عز الدين إلي أن الأولي في ضبط مشاق العبادات : أن تضبط كل عبادة بأدني المشاق المعتبرة في تخفيف تلك العبادة : فإن كانت مثلها أو أزيد منها – ثبتت الرخصة (٢) .

---

(١)– انظر ما سبق .
(٢)– قواعد الأحكام (٢/١٥، ١٦).

وهو معني قول القرافي : « إن مالم يرد فيه الشرع بتحديد يتعين تقريبه بقواعد الشرع – لأن التقريب خير من التعطيل– فيما اعتبره الشرع، فنقول : يجب علي الفقيه أن يفحص عن أدني مشاق تلك العبادة المعينة فيحققه بنص ، أو إجماع ، أو استدلال، ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق مثل تلك المشقة، أو أعلي منها جعله مسقطًا ، وإن كان أدني منها لم يجعله مسقطًا » (١) .

ولذلك اعتبر في مشقة المرض المبيح للفطر في الصوم : أن يكون كزيادة مشقة الصوم في السفر عليه في الحضر، وفي إباحة محظورات الإحرام : أن يحصل بتركها مثل مشقة القمل الوارد فيه الرخصة ...، وفي إباحة ترك القيام إلي القعود(يعني : في الصلاة) : أن يحصل به ما يشوش الخشوع ..، وكذلك اكتفي في إباحة النظر إلي الوجه والكفين بأصل الحاجة ، واشترط في سائر الأعضاء تأكدها ، وضبطه إمام الحرمين بالقدر الذي يجوز الانتقال معه إلي التيمم ، واشترط في السوأتين مزيد التأكيد ، وضبطه الغزالي بما لا يعد التكشف بسببه هتكًا للمروءة ، ويعذر فيه في العادة (٢) .

خاتمة هذا المبحث

– وبعد هذا العرض الذي أسهب فيه البحث بعض الإسهاب فإنه يتأكد صواب ما سبق تقريره من أن قاعدة « المشقة ... » تعمل في نطاق تحقيق ماجاءت به الشريعة من قطع الضرر : إزالة له بإزالة أسبابه ، حتي إن السيوطي وابن نجيم قد قالا : إن قاعدة « الضرر يزال » متداخلة أو متحدة مع قاعدة « المشقة تجلب التيسير » .

---

(١)– الفروق للقرافي (١/ ١٢٠).

(٢)– الأشباه للسيوطي (٨١).

- وأن سبيل القاعدة في قطع المضار هو الأخذ بالتخفيفات ، وهي أنواع [1] :

الأول : تخفيف إسقاط : كإسقاط العبادات عند وجود أعذارها، مثل إسقاط الجمعة، والحج، والعمرة، والجهاد بالأعذار.

الثاني : تخفيف تنقيص : كالقصر.

الثالث : تخفيف إبدال : كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم، والقيام في الصلاة بالقعود والاضطجاع، أو الإيماء، والصيام بالإطعام.

الرابع : تخفيف تقديم : كالجمع ، وتقديم الزكاة علي الحول ، وزكاة الفطر في رمضان .

الخامس : تخفيف تأخير : كالجمع ، وتأخير رمضان للمريض والمسافر، وتأخير الصلاة عن وقتها في حق مشتغل بإنقاذ غريق، ونحوه : كإجراء الطبيب عملية لمريض إنقاذاً له من الهلاك.

السادس : تخفيف ترخيص : كصلاة المستجمر مع بقية النجو ، وشرب الخمر للغصة، وأكل النجاسة للتداوي، والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه، ونحو ذلك .

السابع : تخفيف تغيير : كتغيير نظام الصلاة في الخوف.

- وأن المشقة والحرج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه، وأما مع النص بخلافه فلا . نص عليه ابن نجيم في أشباهه[2] ، وهو ضابط لابد من مراعاته عند اعتبار المشاق الموجبة للتخفيف والأخذ بالرخص، فكل مشقة

---

(١)- قواعد الأحكام (٢/٨ ، ٩) ، والأشباه للسيوطي (٨٢) ، والأشباه لابن نجيم (٨٣) .

(٢)- الأشباه لابن نجيم (٨٣) .

تصادم نصًا لا تعتبر ، ولا ينبني عليها تخفيف ، أو رخصة .

وينتقل البحث بعد هذا إلي تحقيق القول في العلاقة بين الضرر وقاعدة : «الضرورات تبيح المحظورات»، وذلك من خلال المبحث التالي، الذي نفرد له الصفحات الآتية :

* * * *

المبحث السابع

العلاقة بين الضرر وقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»

الضرورة في اللغة كالضرة، والضرة : شدة الحال فعلة من الضر . قال الليث : الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، تقول حملتني الضرورة علي كذا، وكذا ، وقد اضطر فلان إلي كذا وكذا ، بناؤه افتعل، فجعلت التاء طاء؛ لأن التاء لم يحسن لفظه مع الضاد، وقوله - عز وجل - : «فمن اضطر غير باغ ولا عاد .....» (١) . أي : فمن ألجئ إلي أكل الميتة، وما حرم، وضيق عليه الأمر بالجوع، وأصله من الضرر، وهو الضيق (٢) .

وقال الجرجاني : «الضرورة مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا مدفع له» (٣) .

الضرورة في اصطلاح الفقهاء، والباحثين المعاصرين

عرف المالكية الضرورة بأنها «الخوف علي النفس من الهلاك علمًا، أو ظنًا» (٤) ، وعرفها الرازي الجصاص الحنفي بأنها «خوف الضرر علي نفسه (يعني : خوف الإنسان الضرر علي نفسه) أو بعض أعضائه بتركه الأكل» (٥) .

---

(١)- صدر آية (١٧٣) سورة البقرة، وآية (١٤٥) سورة الأنعام ، وآية (١١٥) سورة النحل.

(٢)- انظر في ذلك لسان العرب (٥ / ٢٥٧٣، ٢٥٧٤) مادة (ض رر).

(٣)- التعريفات للجرجاني (١٢٠).

(٤)- انظر: الشرح الكبير بحاشية الدسوقي (٢/١١٥)، وشرح الزرقاني (٣/٢٨)، وشرح الخرشي بحاشية العدوي (٣/٢٨) ، والفواكه الدواني للنفراوي (١/٤٥٢).

(٥)- أحكام القرآن (١/١٥٩).

أما الشافعي – رحمه الله – فقد قال : « المضطر الرجل يكون بالموضع لاطعام فيه معه، ولا شيء يسد فورة جوعه من لبن وما أشبهه، ويبلغه الجوع مايخاف منه الموت، أو المرض، وإن لم يخف الموت، أو يضعفه، ويضره أو يعتل، أو يكون ماشيًا فيضعف عن بلوغ حيث يريد، أو راكبا فيضعف عن ركوب دابته،أو ما في هذا المعني من الضرر البين »[1]

وقال الحنابلة : الضرورة المبيحة هي « التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل » [2] .

علي أن النظر إلي هذه التعريفات يبين منه أنها متجهة فقط نحو بيان ضرورة الغذاء ، ومن ثم فإنه تكون هذه التعريفات قاصرة؛ لعدم شمولها للمعني الكامل للضرورة باعتبار أنها مبدأ عام في الشريعة ، أو نظرية يترتب عليها إباحة المحظور وترك الواجب، وهذا – بدوره – كان دافعًا لأن يجتهد الباحثون المعاصرون في وضع تعريف جامع للضرورة، فمن ذلك : تعريف الدكتور وهبة الزحيلي حيث اقترح في كتابه « نظرية الضرورة الشرعية » هذا التعريف :

« الضرورة هي أن تطرأ علي الإنسان حالة من الخطر، أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر، أو اذي بالنفس، أو بالعضو، أوبالعرض ، أو بالعقل، أو بالمال ، وتوابعها ، ويتعين أو يباح – عندئذ – ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته ؛ دفعًا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع »[3] ، ثم قال : وميزة هذا التعريف أنه شامل

(١)– الأم (٢/٢٢٥)، ويمثل ذلك قال الإمام أحمد – رحمه الله – . انظر المغني (١١/٧٤).

(٢)– المغني (١١/٧٤).

(٣)– نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي (٦٧، ٦٨). ط : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة.

جـامع في تقـديرنا كل أنواع الضـرورة، وهي : ضـرورة الغـذاء والدواء، والانتفـاع بمال الغيـر، والمحافظة علي مبدأ التوازن العقدي في العقود، والقيـام بالفعل تحت تأثير الرهبـة أو الإكراه، والدفاع عن النفس أو المال ونحوهما ، وترك الواجبات الشرعية المفروضة،وهذا هو المعني الأعم للضرورة .

وقد عرفها الدكتور يوسف قاسم بأنها « خوف الهلاك علي النفس أو المال » [1] .

ووضع لها الدكتور جميل محمد بن مبارك تعريفًا آخر غير هذين التعريفين في كتابه « نظرية الضرورة » وذلك بعد أن رأي عدداً من المآخذ علي ما سبق من التعريفات، فقال : إن الضرورة « خوف الهلاك أو الضرر الشديدعلي أحد الضروريات للنفس، أو الغير يقينا أو ظنًا إن لم يفعل ما يدفع به الهلاك أو الضرر الشديد » .

فخوف الهلاك يشمل الضرورة بمعناها الضيق، والضرر الشديد يشمل الحاجة التي هي أدني من الضرورة بذلك المعني ، والخوف يمكن أن يكون نتيجة للجوع والعطش ، أو الإكراه، أو الصيال.. وهكذا، والهلاك والضرر يمكن أن يكونا حقيقيين ، ويمكن أن يكونا معنويين كما هو الشأن بالنسبة للدين ، فالضرورة في الفقه الإسلامي تطلق علي كل ذلك [2] .

وهذا ظاهر في أن الضرورة تشمل الحاجة ، وذلك طبقًا لما يذكره الفقهاء من مسائل الضرورة التي بمعني الحاجة ، ففي كثير من الأبواب الفقهية يعبر عن المحتاج بالمضطر وعن المضطر بالمحتاج .

---

(١)- نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي (٨٠) . ط : مكتبة النهضة العربية - القاهرة .

(٢)- نظرية الضرورة الشرعية حدودها ، وضوابطها (٢٨) . ط : دار الوفاء.

قال ابن العربي : « ومن خلق الله فيه فعلا لم يكن له قدرة عليه : كالمرتعش، والمحموم – لا يسمى مضطرًا ، ولا ملجأ، وأشرنا إلى أنه قد يكون عند علمائنا المضطر، وقد يكون المضطر المحتاج ، ولكن الملجأ مضطر حقيقة ، والمحتاج مضطر مجازًا » [١] .

والحق أن هذه التعريفات بعضها قريب من بعض ، وليس يهدف البحث فى هذا الموضع إلى مناقشتها، أو إثارة الانتقادات عليها، وإنما يهدف إلى الخلوص من خلالها إلى طبيعة العلاقة بين الضرر وقاعدة الضرورة .

العلاقة بين الضرر وقاعدة الضرورة

ما أورده الفقهاء المتقدمون ، والباحثون المعاصرون من تعريفات للضرورة يبين منه أنها عاملة فى نطاق رفع المضار، ويؤكد من ذلك مراجعة هذه التعريفات التى تقدمت . قال الجصاص : الضرورة « خوف الضرر على نفسه . . »، وقال المالكية : الضرورة« الخوف على النفس من الهلاك (يعنى : ضرر الهلاك) . . »، وقال الشافعى : « المضطر الرجل يكون بالموضع لاطعام فيه . . .، ويبلغه الجوع ما يخاف منه الموت . . . .، أو ما فى معنى هذا من الضرر البين »، وقال الحنابلة : « الضرورة المبيحة هى التى يخاف التلف بها (يعنى : ضرر التلف) » .

هذه هى تعريفات الفقهاء المتقدمين .

وعلى هذا النحو مضى الباحثون المعاصرون، فقال الدكتور وهبة الزحيلى : « الضرورة هى أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر . .، بحيث يخاف

(١)- أحكام القرآن (١/ ٥٥).

حدوث الضرر »، وقال الدكتور جميل : « الضرورة خوف الهلاك أو الضرر الشديد » ، وقال الدكتور يوسف قاسم الضرورة « خوف الهلاك (يعني : ضرر الهلاك) » .

والحاصل : أنه يلتقي الفقهاء والباحثون المعاصرون علي أن الضرورة حالة من الخطر والمشقة الشديدة يقع فيها المكلف بحيث يخاف حدوث الضرر – علي خلاف بينهم في رتبة هذا الضرر – فتكون مبيحة للمحظورات رفعًا لهذا الضرر ، وإزالة لآثاره .

وهذا هو الذي جعل السيوطي وابن نجيم يقولان إن قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » مفرعة علي قاعدة « الضرر يزال » التي معناها : أنه يجب رفع الضرر وإزالة آثاره، استناداً إلي قوله – ﷺ – : « لاضرر ولا ضرار » [1] .

فحالات الاضطرار، أو الحاجة الشديدة تبيح ارتكاب المحظور . أي : المنهي شرعًا عن فعله ؛ حفاظًا علي نفوس المكلفين من الهلاك ، أو أموالهم من الضياع، أو لدفع أذي لايحتمل، وليس بخاف ما في مثل هذا من قطع المضار، وإزالة أسبابها ، وهذا هو معني مراعاة الشريعة للضرر.

قال العز بن عبد السلام : « الضرورات مناسبة لإباحة المحظورات جلبًا لمصالحها » [2] .

ومفهوم هذا أن الضرورات تعمل لأجل تحصيل المصالح التي هي جلب المنافع ، أو قطع المضار؛ إذ إن قطع المضار جانب أصيل في المصلحة كما تقدم .

(١)– الأشباه للسيوطي (٨٤) ،والأشباه لابن نجيم (٨٥).
(٢)– قواعد الأحكام (٢/٥).

كذلك فإنه يلاحظ أن الضرورة في أكثر حالاتها تؤول إلي توارد مصلحتين ، أو مفسدتين علي أمر واحد ، وتتعارض المصلحتان ، كما أنه تتعارض المفسدتان ، فنرجح تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت المصلحة الأدني، والتزام أدني المفسدتين بتفويت المفسدة الأعظم.

ومن ثم فإن الضرورة تكون عاملة – أيضًا – في نطاق التقليل من المضار والتخفيف من آثارها، وهو ما يتفق مع ما جاءت به الشريعة من مراعاة الضرر .

ويتضح هذا المعني مما عرض له الغزالي في «المستصفي»– وسبق تناوله في مبحث العلاقة بين الضرر ومصطلح المصلحة – من مسألة تترس الكفار بجماعة من أساري المسلمين ، ومسألة التوظيف. أي فرض الحاكم وظائف مالية علي الناس لضرورة .

ففي مسألة الترس تعارضت مفسدتان : مفسدة قتل مسلم معصوم لم يذنب ذنبًا ، ومفسدة تسلط الكفار علي كافة المسلمين بالقتل ، إذا لم يقتل المسلمون الترس.

فالتزام المفسدة الأدني ، وهي قتل الترس – يكون لتفويت المفسدة الأعظم ، وهي قتل جميع المسلمين ؛ ذلك لأنه حال ضرورة فلا مناص عن احتمال إحدي المفسدتين لتفوفظ جميع المسلمين أقرب إلي مقصود الشرع؛ لأنا نعلم أن مقصود الشرع تقليل القتل، كما يقصد حسم سبيله عند الإمكان، فإن لم نقدر علي الحسم قدرنا علي التقليل » [(١)] ، فلما لم يكن في المقدور حفظ جميع المسلمين من مضرة القتل كان المقصود احتمال مضرة قتل القليل لتفويت مضرة قتل الكثير .

---

(١)– انظر: المستصفي (٢٥٣).

ويقال مثل ذلك في التوظيف إذا قامت الضرورة المبيحة له : كما لو احتاج الجند إلي أموال.

قال الغزالي في التعليل لجواز التوظيف – عندئذ– : « لأنا نعلم أنه إذا تعارض شران، أو ضرران قصد الشرع دفع أشد الضررين ، وأعظم الشرين، وما يؤديه كل واحد منهم (يعني : من الوظيفة المالية المضروبة عليه) قليل بالإضافة إلي ما يخاطر به من نفسه، وماله لوخلت خطة الإسلام عن ذي شوكة يحفظ نظام الأمور، ويقطع مادة الشرور» [١].

وجملة ذلك تأكيد ما سبق تقريره من أن الضرورة في كثير من حالاتها تعمل في نطاق التقليل من المضار والتخفيف من آثارها .

وبهذا تكون خلاصة القول في العلاقة بين قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » والضرر – هي : أن القاعدة عاملة في نطاق تحقيق وتأكيد قطع الشريعة للضرر، حتي إنه ليصح القول بأنها أحد فروع قاعدة « الضرر يزال » كما أشار إلي ذلك السيوطي ، وابن نجيم ، وذلك عن طريق إباحة المحظورات .

ومثل هذا يقتضي – منا – أن نفصل القول في عمل القاعدة من خلال عدد من الأمثلة ، وذلك وفق ما يلي : تعمل قاعدة الضرورات – كما سبق – في نطاق تحقيق قطع الشريعة للضرر عن طريق إباحة المحظورات لكن بشرط عدم نقصانها عنها ، ومن أمثلة ذلك – كما نقل السيوطي– : جواز أكل الميتة عند المخمصة ، وإساغة اللقمة بالخمر ، والتلفظ بكلمة الكفر، وكذا إتلاف المال، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه، ودفع

---

(١)–السابق(٢٥٦).

الصائل ولو أدي إلي قتله، وأنه لو عم الحرام قطراً بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادراً فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر علي الضرورة (١) .

وقال إمام الحرمين : لا يرتقي إلي التبسط، وأكل الملاذ، بل يقتصر علي قدر الحاجة (٢) .

وقال ابن عبد السلام : وفرض المسألة أن يتوقع معرفة صاحب المال في المستقبل، فأما عند اليأس فالمال حينئذ للمصالح ؛ لأن من جملة أموال بيت المال : ما جهل مالكه . يعني : أنه يجوز استعمال مايحتاج إليه ولا يقتصر علي قدر الضرورة (٣) .وهذا هو ما يرتضيه البحث؛ لموافقته قواعد الشريعة القاضية برفع الحرج والمشقة عن الناس .

ومن الأمثلة – أيضًا – : جواز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال ، والظفر بهم ، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه ، ونبش الميت بعد دفنه للضرورة بأن يدفن بلا غسل، أو لغير القبلة ، أو في أرض مغصوبة، أو في ثوب مغصوب.

وجواز غصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم (٤) .

هذا وشرط عمل القاعدة – كما قدمنا– : عدم نقصان الضرورة عن المحظور ؛ ليخرج ما لو كان الميت نبيًا، فإنه لا يحل أكله للمضطر ؛ لأن

---

(١)– انظر : الأشباه (٨٤) ، ويمثل ذلك قال ابن نجيم . انظر : الأشباه لابن نجيم (٨٥).

(٢)– انظر في هذا : غياث الأمم في التياث الظلم – تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب (ص٤٧٨، وما بعدها) ، وقد أطال ابن تيمية – بحق– في الرد علي ذلك وبيان أنه خطأ لا يصح القول به . انظر : مجموع الفتاوي (٢٨/٥٩٢، ٥٩٥).

(٣)– انظر : الأشباه للسيوطي (٨٤).

(٤) – المصدر السابق .

حرمته أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر ، وما لو أكره علي القتل أو الزنا ، فلا يباح واحد منهما بالإكراه ؛ لما فيهما من المفسدة التي تقابل حفظ مهجة المكره، أو تزيد عليها ، وما لو دفن بلا تكفين فلا ينبش ، فإن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه(١) .

وذكر الحنفية ما يفيد مثل ذلك (٢) .

فيكون معيار الأخذ بالضرورة : الموازنة بين مفسدة ارتكاب المحظور عملاً بالضرورة ، والمفسدة المترتبة علي عدم العمل بها ، فإن كانت مفسدة ارتكاب المحظور أعظم من مفسدة عدم الأخذ بالضرورة لم يلتفت إلي الضرورة ولايعمل بها ؛ إذ هي - حينئذ - ضرورة ناقصة ، واستباحة المحظور بالضرورة بشرط عدم نقصانها .

أما إن كانت المفسدة المترتبة علي عدم العمل بالضرورة أعظم من مفسدة ارتكاب المحظور ، فللمكلف - حينئذ - الأخذ بالضرورة .

والنظر إلي كل ما تقدم يفيد أن قاعدة الضرورة موضوعة لرفع الضرر، وإزالة آثاره إما جملة - إن أمكن ذلك - ، وإما بالتقليل منه عن طريق التزام أخف الضررين لرفع أعظمهما ، ويستوي في هذا قطع الضرر عن النفس أو الغير، كان هذا الضرر متعلقًا بالدين ، أو النفس، أو العقل ، أو العرض ، أو المال ؛ وذلك - كما رأينا - بإباحة المحظورات .

علي أنه تنبغي الإشارة - هنا- إلي أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

---

(١) - المصدر السابق .

(٢)- انظر : الأشباه لابن نجيم (٨٥ ، ٨٦).

فالمضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق، ومن استشير في خاطب، واكتفي بالتعريض : كقوله له : لا يصلح لك ، لم يعدل إلي التصريح، والطعام في دار الحرب يؤخذ علي سبيل الحاجة ؛ لأنه أبيح للضرورة ، فإذا وصل عمران الإسلام امتنع.

ولو فصد أجنبي امرأة : وجب أن تستتر جميع ساعدها ، ولا تكشف إلا ما لابد منه للفصد ، ويقال مثل ذلك في التطبيب بوجه عام ، فالطبيب الاجنبي لا يطلع إلا علي ما دعت حاجة الكشف إلي الاطلاع عليه .

والجبيرة يجب أن لا تستتر من الصحيح إلا ما لا بد منه للاستمساك (١) .

وعند الشافعية : لا يجوز تزويج المجنون أكثر من واحدة ؛ لاندفاع الحاجة بها (٢) .

قال السيوطي : « وإذا قلنا يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع في مكان واحد - لم يجز إلا بقدر ما يندفع ، فلو اندفع بجمعتين لم يجز بالثالثة . صرح به الإمام ، وجزم به السبكي ، والاسنوي» (٣) .

ومن جاز له اقتناء كلب لحاجة الصيد لم يجز له أن يقتني زيادة علي القدر الذي يصطاد به (٤). وهكذا يظهر أن إباحة المحظور بالضرورة إنما يكون في حدود ما تندفع به الضرورة، ويرتفع به الضرر.

---

(١) انظر: الأشباه للسيوطي (٨٤)، والأشباه لابن نجيم (٨٦).

(٢)- الأشباه للسيوطي (٨٥).

(٣) ،(٤)- المصدر السابق .

علي أن المقصود بإباحة المحظور - في الحقيقة - إنما هو : رفع الإثم والمؤاخذة الأخروية [1] ، وقد ينضاف إلي ذلك امتناع العقوبة المترتبة علي فعل المحظور : كما في حالة الدفاع عن النفس ضد الصائل، أما إذا كان المحظور متعلقًا بحق مالي للغير : كما في استهلاكه عند الاضطرار، فهو وإن أبيح للضرورة لا يمنع من الضمان، أو ما يسمي بالمسئولية المدنية[2] ، وإن كان المحظور اعتداء علي النفس بالقتل بدون حق - كما في حالة الإكراه - فإنه يطبق العقاب الجنائي علي المستكره أو علي المكره ، أو عليهما معا ، وذلك حسب ما ذكر - في الإكراه - من الخلاف بين المذاهب .

كذلك فإنه يلاحظ أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة- عامة كانت أو خاصة - في إباحة المحظورات [3] ، وإن كانت الضرورة أشد درجة ودافعًا من الحاجة ، فالضرورة - كما سبق - هي ما يترتب علي عدم الأخذ بها خطر : كما في الإكراه الملجئ ، وخشية الهلاك جوعًا .

أما الحاجة فهي ما يترتب علي عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة ، وقد قدمنا الكلام عنها ضمن المشاق التي تستدعي وتتطلب التخفيف، والأخذ بالرخص .

---

(١)- انظر : الموافقات (٢١٨/١).

(٢)- «الاضطرار لا يبطل حق الغير» ، وإنما يعد معذرة تسقط الإثم ، وتعفي من عقوبة التجاوز علي حق الغير، فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره، فإن عليه ضمان قيمته .انظر : القاعدة (٣٣) من قواعد مجلة الأحكام بشرح علي حيدر(٤٣/١)، وانظر : الشرح الكبير مع المغني (١٠٤/١١، ١٠٥)، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك في الإكراه .

(٣)- انظر القاعدة (٣٢) من قواعد مجلة الأحكام بشرح علي حيدر (٤٢/١).

خاتمة هذا المبحث :

ونختم لهذا المبحث بتقرير هاتين النتيجتين :

الأولي : أن الضرورة أوسع معني من مجرد ضرورة الغذاء إذ الظاهر من استعمالاتها المتعددة في أبواب الفقه المختلفة - كما مر من الأمثلة - أنها مبدأ عام في الشريعة، أو نظرية يترتب عليها إباحة المحظور وترك الواجب، وهو ما قرره - بحق - الباحثون المعاصرون .

والثانية : أن نظرية الضرورة، أو بتعبير آخر قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » - مفرعة عن قاعدة « الضرر يزال » كما قرره السيوطي وابن نجيم ؛ ذلك لأنها موضوعة - أساسًا - لرفع الضرر، وإزالة آثاره : إما جملة - إن أمكن ذلك ، وإما بالتخفيف منه عن طريق احتمال أدني الضررين لدفع الضرر الأعظم .

وسبيل القاعدة إلي تحقيق هذا المقصود هو إباحة المحظورات ، علي أن تكون هذه الإباحة وفق ما عرض له ، وأشار إليه الفقهاء .

وبناء عليه فإنه تكون القاعدة عاملة في نطاق تأكيد وتحقيق قطع الشريعة للضرر: رفعًا له ، وإزالة لآثاره، وهي بذلك أحد سبل الشريعة ووسائلها العملية التي تنماز بها للتخلص من الضرر، والآثار المترتبة عليه.

وبالجملة فالقاعدة تنبني عليها الأحكام الاستثنائية تمشيًا مع ضرورات الناس ، وحاجياتهم ، دفعًا للحرج والمشقة ، ورفعًا للضرر والمفسدة .

وهذه الاستثناءات التشريعية هي المقصود بإباحة المحظورات ؛ تيسيرًا علي الناس في أداء الواجبات التي جاءت بها الشريعة حسبما يتلاءم ذلك

مع واقع الحياة وظروف الإنسان المختلفة .

فتلك هي حقيقة العلاقة بين الضرر وقاعدة « الضرورات تبيح المحظورات »، ولعل مجموع ما قدمه البحث في ذلك يكون قد وفي بالمقصود من غير إخلال.

***خلاصة هذا الفصل :**

وخلاصة هذا الفصل : أن المبادئ والقواعد الفقهية التي قدمنا تتآزر فيما بينها - كما تآزرت من قبل أدلة التشريع وقواعده الأصولية - علي تحقيق وتأكيد قطع الشريعة للمضار.

- فمبدأ فسخ العقد للعذر يقوم علي أساس أن لا يتحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بالعقد، فحيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه - أي : لم يكن في حسابه وقت القعد- فإنه لا يجبر علي الإمضاء ، ويكون له الفسخ للعذر ؛ لأنه يوجد في الجبر علي الإمضاء معني استحقاق الضرر بالعقد، ولما كان الضرر لا يستحق بالعقد، ولا يلزم الإنسان منه مالم يلتزمه، وأنه يزال كما هي قاعدة الشريعة « الضرر يزال » - فإنه يثبت الفسخ رفعًا لهذا الضرر، وإزالة لأسبابه.

وبناء عليه فإنه يكون العمل بموجب هذا المبدأ جاريًا في نطاق تحقيق وتأكيد قطع الشريعة للمضار.

- ومثل هذا يقال بالنسبة لمبدأ وضع الجوائح في الثمار المبيعة، فهو يقوم علي مراعاة ما يطرأ علي الالتزام من حادث يعجز معه العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر فاحش، وخسارة فادحة ، فيكون العمل به بمثابة إتاحة الفرصة لتعديل الالتزام برده إلي الحد المعقول حيث يتعادل العوضان : الثمن والمبيع، أويتقاربان ، ويصبح الغنم بالغرم ، فيتوزع الضرر الحادث بسبب الجائحة علي العاقدين،فيسهل احتماله، وبناء عليه يرتفع الإرهاق الذي هو الضرر الفاحش والخسارة الفادحة - عن المشتري.

ومن ثم فإن العمل بهذا المبدأ يكون جاريًا في هذا النطاق : نطاق مراعاة الشريعة للضرر : تقليلاً منه ، وتخفيفًا لأثره .

– وكذلك الأمر بخصوص مبدأ حرية الشروط في العقود؛ إذ إن أساس هذا المبدأ حماية إرادة المتعاقدين من أن يمضي عليهما عقد لايرضيانه فيتضررا ، أو من أن يبطل عليهما عقد يحتاجان إليه فيقعا في حرج ومشقة ،ومفسدة ومضرة ، فيكون العمل بهذا المبدأ سبيلاً إلي رفع الضرر، وإزالة أسبابه؛ لأن مقتضي هذا العمل التوسعة علي الناس في أمور المعاملات والمعايش ، فينتفي الحرج ومن ثم يرتفع الضرر .

ومثل هذا يكون عملاً في نطاق مراعاة الشريعة للضرر : رفعًا له ، وإزالة لأسبابه .

– ويقال مثل ذلك بالنسبة لمبدأ الباعث غير المشروع ، فإن العمل بهذا المبدأ يكون وسيلة – ضمن وسائل الشريعة – يتوسل بها إلي رفع المضار ودرء المفاسد عن طريق إبطال التصرفات المنبنية عليه أو فسخها ؛ إذ إن هذه التصرفات عادة ما تشتمل علي الإثم والعدوان، وبالجملة فإنها تكون مناقضة لمقصود الشارع الذي يرجع إلي تحصيل المنافع وتكميلها وتعطيل المضار وتقليلها ، ومن ثم فإنه يترتب علي إبطالها إبطال تلك المضار الواقعة بسببها ، ومثل هذا يتفق مع ما جاءت به الشريعة من مراعاة الضرر : رفعًا له، وإزالة لأسبابه .

وبناء عليه فإنه يكون العمل بمبدأ الباعث غير المشروع جاريًا في نطاق تأكيد وتحقيق قطع الشريعة للضرر.

– وأيضًا فإنه يقال مثل هذا الذي سبق بخصوص مبدأ منع التعسف في استعمال الحق؛ إذ إن حقيقة التعسف هي : استعمال الحق علي وجه الإخلال بمقصود الشرع . أي : علي وجه الإخلال بالمصلحة، والإخلال

بهذا المقصود يكون : إما بالقصد إلي ذلك - ابتداء - بحيث يكون الباعث علي الاستعمال هو الإضرار ، وإما بأن يؤول الاستعمال - في نهاية الأمر - إلي وقوع الضرر، وجملة هذا : أن التعسف يمثل أحد العمد الرئيسة التي يقام عليها بناء الضرر في هذه الحياة، فهو - كما ظهر - يترتب عليه - حتمًا - وقوع المضار، واتساع دائرتها في واقع الناس، وعلي هذا فإن منعه يعني قطع هذه المضار وتضييق دائرة وقوعها ، فيكون ذلك المنع عاملاً في نطاق مراعاة الشريعة للضرر، علي أن ذلك يكون في بعض الصور تعطيلا للمضار بالكلية، وفي بعضها الآخر تقليلاً منها بالتزام أخف الضررين لتفويت الضرر الأشد .

- وكذلك الأمر بخصوص قاعدة « المشقة تجلب التيسير» فهي تعمل بالتخفيفات والرخص توسعة علي الخلق ورفعًا للحرج والضيق عنهم ، فيرتفع الضرر، فتكون بهذا عاملة في نطاق تحقيق وتأكيد مراعاة الشريعة للضرر : رفعًا له، وإزالة لأسبابه ، لدرجة يصح معها القول بأن هذه القاعدة متحدة ومتداخلة مع قاعدة « الضرر يزال » ، وقد نص علي ذلك السيوطي في« أشباهه » وكذلك ابن نجيم في « أشباهه ».

- ومثل هذا يقال بشأن قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات »؛ إذ إنها تعمل بإباحة المحظورت حينما يتهدد الإنسان ضرر في نفسه، أو عقله ، أو عرضه، أو ماله ؛ رفعًا لهذا الضرر، وإزالة لآثاره ؛ ذلك أنها موضوعة - أساسًا - لرفع الضرر، وإزالة آثاره : إما جملة فيما لو أمكن ذلك، وإما بالتخفيف منه والتقليل له عن طريق احتمال أخف الضررين لتفويت أشدهما ، ومن هنا فقد قرر السيوطي وابن نجيم أن هذه القاعدة مفرعة من قاعدة « الضرر يزال » .

الفصل الخامس

ضوابط اعتبار الفقه الإسلامي للضرر

ويتضمن خمسة مباحث :

المبحث الأول : فى بيان الضابط الأول لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً .

المبحث الثانى : فى بيان الضابط الثانى لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً .

المبحث الثالث : فى بيان الضابط الثالث لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً .

المبحث الرابع : فى بيان الضابط الرابع لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً .

المبحث الخامس : فى بيان الضابط الخامس لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً .

مقدمة :

عرفنا مما سبق أن الضرر « إخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديًا ، أو تعسفًا، أو إهمالاً » . وعلى هذا فهل يكون كل تصرف أخل بمصلحة مشروعة ضرراً من الوجهة الشرعية، أولا؟

والحق أن الفقه الإسلامى لاينظر إلى كل تصرف من شأنه أن يخل بمصلحة مشروعة (أى : إلى كل ضرر) على أنه ضرر معتبر يجب منعه .

فمثلا لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره، فأراد قطعها ، لا يعد ذلك ضرراً على ما فيه من الإخلال بمصلحة الاستظلال التى كان الجار يفيد منها ، وينتفع بها [1] .

إذًا فهناك ضوابط يرى الفقه الإسلامى أنه لا بد من تحققها فى التصرف المخل بالمصلحة حتى ينظر إليه على أنه ضرر معتبر يمنع منه فى الشرع .

وحاصل ذلك عدم الحكم على التصرف المخل بالمصلحة بأنه ضرر ممنوع منه شرعًا إلا إذا وجدت هذه الضوابط .

فإذا لم توجد سلم هذا التصرف من أن يكون ضرراً من الوجهة الشرعية .

واستنباط تلك الضوابط من خلال النظر فى الفروع الفقهية هو موضوع هذا الفصل .

وقد أمكن البحث الوقوف على جملة هذه الضوابط التى يتعين وجودها لاعتبار إخلال التصرف بالمصلحة ضرراً ممنوعًا منه، وهى :

---

(١)- انظر : فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٢٦).

أن يكون إخلال التصرف بالمصلحة (يعنى : الضرر) محققًا لاموهومًا ، بينًا(أى : ظاهرًا فاحشًا) لا مشكلاً، بغير حق (أى : على وجه التعدى ، أو التعسف، أو الإهمال)، وأن تكون المصلحة التى أخل بها مشروعة في الأصل (أى : متقومة) ، ومستحقة للمضرور.

هذا على أنه تندرج تحت تلك الضوابط تفصيلات عديدة جرى الخلاف فيها بين الفقهاء ، ومن ثم فإنه يكون من المناسب أن نفرد لكل ضابط منها مبحثًا مستقلا نتناوله فيه على نحو من الاستفاضة والتفصيل .

والبحث يعرض لذلك فيما يلى :

المبحث الأول

فى بيان الضابط الأول لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضررا

إن أول ما يطالعنا من جملة الضوابط التى يلزم وجودها لاعتبار التصرف المخل بالمصلحة (أى : الضرر) ضرراً ممنوعًا منه فى الفقه الإسلامى – هو هذا الضابط : أن يكون إخلال التصرف بالمصلحة محققا لاموهومًا ، أو بتعبير آخر أن يكون الضرر محققا لاموهومًا.

فالشريعة لا تعتبر إلا الضرر المحقق، أما الضرر الموهوم فلا يكترث به، ولا يبنى عليه حكم.

والمقصود بالضرر المحقق ما يكون قد وقع بالفعل، أو أنه سيقع حتمًا، وهذا الأخير هو ما يسمى بالضرر المستقبل .

إذًا فليس يقصد بالضرر المحقق الضرر الحال فحسب، بل يقصد به الضرر الذى قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل.

وقد أشار إلى ذلك صاحب تحفة الحكام حيث قال :

« ومحدث ما فيه للجار ضرر محقق يمنع من غير نظر » [١] ، قال فى « البهجة » : « فاحترز الناظم بالمحقق من المحتمل[٢] . . . ، والمحقق شامل لمحقق الوقوع فى الحال ، أو فى المستقبل » [٣] .

---

(١)- تحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي بهامش البهجة(٢/ ٣٣٥).

(٢)- المقصود الاحتمالات التي هي محض توهم ، فهذه لا يلتفت إليها . قال في شرح المجلة : «ولا يلتفت إلي الاحتمالات التي هي محض توهم » انظر : شرح للمجلة لسليم رستم مادة (١٧٤٠) جـ٢/ ص ١٠٩٢.

(٣)- البهجة شرح التحفة للتسولي (٢/ ٣٣٥).

وقد أكد على مثل ذلك ابن قدامة في مغنيه حيث قال : « وما يفضى إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه » [١] .

أما التصرف الذى يتوهم إخلاله بالمصلحة (يعنى الضرر الموهوم) فإنه لا يعد في النظر الشرعى ضرراً ، ومن ثم فلا يمنع منه ؛ إذ إن قاعدة الشريعة « لا عبرة للتوهم »[٢] . أى : لا اعتبار ولا اعتداد بالوهم، والمراد بالوهم – هنا– الاحتمال العقلى البعيد، النادر الحصول ، أو تخيل غير الواقع ، فهذا لا يبنى عليه حكم، ولا يمنع القضاء، ولا يؤخر الحقوق ، ويعضد من وجهة الشريعة هذه : أنه لا اعتبار للضرر الموهوم– قاعدة « اليقين لا يزول بالشك »؛ إذ إن الشك (الذى هو تساوى الطرفين) لاعبرة به، فيكون الوهم (الذى هو رجحان جهة الخطأ) أولى بالإلغاء وعدم الاعتبار ؛ لأنه – كما هو الظاهر – أدنى من الشك ، فهو إدراك الطرف المرجوح من طرفى أمر متردد فيه غير مستند إلى دليل عقلي، أو حسي ، ومن ثم فإنه يكون باطلاً ، ولا يبنى عليه حكم .

---

(١)– المغنى مع الشرح الكبير (٥/ ٣٤).

وانظر فى مثل ذلك : جامع الفصولين (٢/ ١٩٢).

وفي حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج أنه لا فرق فى اعتبار الضرر الممنوع منه بين أن يكون حالاً أو مآلاً. قال الشبراملسى : «قوله: تسرى نداوته . (أى : التصرف بحفر بئر إلى جوار جدار الجار ، بحيث تسرى نداوة البئر إلى جدار الجار شيئًا فشيئًا فتهدمه في المستقبل) – ظاهره : أنه لا فرق فى ذلك بين كون السريان حالاً، أو مآلاً (أى : فى المنع) ، لكنه قال فى الشارح – فى آخر باب الصلح – ما نصه: ولا منع من غرس ، أو حفر يؤذى فى المآل يؤدى إلى انتشار العروق والأغصان، وسريان النداوة إلى ملك غيره والمراد: أنه لا يمنع فى الحال، ثم إن أدى بعد ذلك إلى انتشار العروق، أو النداوة كلف إزالة ما يضر».

انظر : حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٥/ ٣٣٨).

(٢)– انظر : شرح المجلة لعلى حيدر (١/ ٧٣) ، وشرحها لسليم رستم (١/ ٥٠) ، مادة رقم (٧٤) .

وانظر : شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا (٢٩٩) ، والفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد لمصطفى أحمد الزرقا (٢/ ٩٧٥، ف : ٥٨٢) .

وانظر فى الفرق بين الشك والظن والتوهم : الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى (ص ٧٣).

فلو أحدث رجل فى داره نافذة أعلى من قامة الإنسان ، فليس لجاره منعه عن فتحها بحجة أنه يطل على مقر نسائه إذا استعلى على شيء ؛ لأنه موهوم [1] .

ومن أمثلة الضرر الموهوم – أيضا – أن يقال إن كثرة إنجاب النسل يترتب عليها ضرر بالغ بالاقتصاد القومي، فهذا ضرر موهوم[2] ؛ لأن الله – تعالى – قد أودع فى الأرض من الكنوز والموارد ما يكفى حاجة الإنسان ومتطلباته ، وذلك إذا أحسن توظيف الأيدى العاملة، والعقول المفكرة، وتمت مراقبة الله وتقواه فى هذه الموارد كما قال – سبحانه – : ﴿ وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ وَلَٰكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ ﴾ [3] .

وعليه فإنه لا يجوز دعوة عموم الناس إلى المنع من كثرة الإنجاب استناداً إلى أن ذلك يضر بالأمة؛ لأنه ضرر موهوم لا اعتبار له فى النظر الشرعى «إلا إذا تحقق ضرر كثرة الإنجاب فى مجتمع ما أو حلة ما ، لظروف

---

(١)- انظر : شرح المجلة لسليم رستم (٢/ ٥٠) ، وانظر المادة (١٢٠٣)، ونصها:

«إذا كان لواحد شباك أعلى من قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه سده لاحتمال (أى : لتوهم) أنه يضع سلمًا، وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار».

وانظر : شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا(٢٩٩).

وانظر : تبصرة الحكام لابن فرحون(٢/ ٢٥٣) ففيها : «وكل ما كان من الاطلاع لا يصل إليه المطلع إلا بكلفة، ومؤنة، وقصد...، لم يكن ذلك الموضع الذى يطلع منه من الضرر الذى يزال ، وقيل للذى يشكو : استتر على نفسك » .

وانظر: العقد المنظم(٢/ ٨٨) ، وقد سبق أن ذكرنا أثر عمر بن الخطاب – رضى الله عنه– بهذا الخصوص فى مبحث وجهة الفقه المالكى فى العمل بحديث «لا ضرر ولا ضرار» . فانظره هناك .

(٢)- انظر : الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى (٤/ ٣٥) .

(٣)- آية (٩٦) سورة الأعراف

خاصة به، فلا يكون فى هذا المجتمع أو فى هذه الحالة بالذات ضرراً موهوما . ويقدر الضرر والضرورة فيهما بقدرهما عندئذٍ » .

والحاصل من كل ما تقدم : أن التصرف الذى تعتبره الشريعة ضرراً فتمنع منه هو ما يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة محققًا فى الحال ، أو فى المستقبل، لا أنه ما يخل بالمصلحة على وجه التوهم .

فإن كان أداء التصرف إلى الإخلال بالمصلحة مظنونًا ، بمعنى أنه يغلب على الظن وقوع ضرر عند التصرف لا أنه يكون محقق الوقوع، فإن الفقهين : الشافعى ، والحنفى لا يعتبران مثل هذا التصرف ضرراً فى بعض الفروع، ومن ثم فلا يمنعان منه، وهذا بخلاف الفقهين : الحنبلى ، والمالكى ؛ إذ إنهما يعتبران ذلك ضرراً ممنوعًا منه.

ومن أمثلة هذا مسألة بيع السلاح لأهل الفتنة (البغاة ، قطاع الطريق ، اللصوص)، ومسألة بيع الحديد والنحاس لأهل الحرب.

وتفصيل وجهات مذاهب الفقهاء بهذا الخصوص وفق ما يلي:

أولاً : من قال بأن ذلك يصح فى الظاهر مع الكراهة؛ لعدم تحقق أن المشترى يتمكن من أن يقاتل بالسلاح المسلمين ، أو يصنع من الحديد والنحاس آلة حرب يتقوى بها عليهم .

أ- المذهب الشافعى :

يرى الشافعية أن بيع السلاح لأهل الفتنة (البغاة، وقطاع الطريق) ، وبيع الحديد والنحاس لأهل الحرب- يصح فى الظاهر مع الكراهة؛ لعدم تحقق أن المشترى سيستعمله فى الإضرار بالمسلمين .

قال الشافعى : « أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به،

ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ؛ لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع » [١] .

وجاء في المهذب أنه « يكره بيع العنب ممن يعصر الخمر . .، وبيع السلاح ممن يعصى الله – تعالى – به؛ لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية، فإن باع منه صح البيع؛ لأنه قد لا يتخذ الخمر ، ولا يعصى الله – تعالى – بالسلاح » [٢] . فهذا ظاهر في تعليل صحة بيع السلاح ممن حاله كذلك بأنه قد لا يعصى الله – تعالى – به ، فتحقُّق أن المشترى يستعمل السلاح في الإضرار غير حاصل ، وإنما الحاصل هو مجرد الظن ، فلا يعول عليه في إبطال البيع .

وهذا بخلاف بيع السلاح لأهل الحرب فإنه حرام بالإجماع، ولو باعهم إياه لم ينعقد البيع على المذهب الصحيح، وبه قطع جماهير الأصحاب؛ واحتجوا لذلك بأنهم يعدون السلاح لقتالنا، فيكون التسليم إليهم معصية، فيصير بائعًا ما يعجز عن تسليمه شرعًا، فلا ينعقد[٣] .

(١)- الأم (٣/ ٦٥) . وانظر : مختصر المزني (٢/ ١٩٧، ١٩٨) ، والمجموع للنووي (٩/ ٣٥٣) ، وروضة الطالبين (٣/ ٤١٦).

(٢)- المهذب مع المجموع (٩/ ٣٥٣).

(٣)- انظر : المجموع شرح المهذب (٩/ ٣٥٤).

قال النووي : وحكينا وجهًا لهما (أي : لإمام الحرمين ، والغزالي) ، والماوردي، والشاشي، والروياني – شاذًا : أنه يصح (أي : بيع السلاح لأهل الحرب) مع أنه حرام قال الغزالي : هذا الوجه منقاس ، ولكنه غير مشهور.

وانظر : حلية العلماء للقفال (٤/ ١٢٠). ففيه : ويحرم بيع السلاح من أهل الحرب، وحكى في «الحاوي» – في صحة بيعه – وجهين .

قال الماوردى والروياني : هذان مخرجان من قول الشافعي في صحة بيع العبد المسلم للكافر . قال الروياني : فإن صححناه، أمر بإزالة الملك فيه، كما في شرائه العبد المسلم ، والله – سبحانه وتعالى – أعلم .

أما بيع الحديد لأهل الحرب فهو صحيح فى المذهب « لأنه لا يتعين لاستعماله فى السلاح، بل قد يستعملونه فى آلات المهنة، وممن صحح المسألة وجزم بها إمام الحرمين، والبغوى ، وآخرون » (١) .

فهذه النصوص تدل بوضوح على أن بيع السلاح ممن يعصى الله - تعالى - به : كالبغاة، وقطاع الطريق، وكذلك الحديد لأهل الحرب- صحيح فى الظاهر مع الكراهة؛ لأنه قد لا يعصى الله - تعالى - بالسلاح، ولأنه لا يتعين استعمال أهل الحرب للحديد المبيع لهم فى السلاح ، بل يمكن أن يستعملوه فى آلات المهنة ، فيكون الإضرار ببيع مثل ذلك مظنونا لا محققا ، فلا يعول عليه فى إبطال هذا البيع .

وكل هذا يؤكد ما ذكر من أن الفقه الشافعى لا يعتبر مثل هذا التصرف الذى يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة أداء ظنيًا لا أداء محققًا - ضررًا ممنوعًا منه (٢) .

---

(١)- انظر : المجموع (٩/ ٣٥٤).

(٢)- إلا أنه قد وجد فى المذهب ما يدل على اعتبار التصرف الذى يتولد عنه إخلال بالمصلحة على سبيل الظن القوى - ضررًا ممنوعًا منه حتى إنه ليحكم على المتصرف - بمثل هذا - بضمان ما تولد عن تصرفه .

جاء فى نهاية المحتاج: « وأنه يتصرف كل واحد من الملاك فى ملكه على العادة فى التصرف وإن تضرر به جاره، أو أفضى لإتلاف ماله : كأن سقط بسبب حفره المعتاد جدار جاره؛ إذ المنع من ذلك ضرر لا جابر له، فإن تعدى - فى تصرفه بملكه - العادة ضمن ما تولد منه قطعًا ، أو ظنًا قويًا : كأن شهد به خبيران ...؛ ولهذا أفتى الوالد - رحمه الله تعالى - بضمان من جعل داره معمل نشادر، وشمه أطفال فماتوا بسبب ذلك »

فقوله: «فإن تعدى - فى تصرفه بملكه - العادة ضمن ما تولد منه قطعًا ، أو ظنًا قويًا »- ظاهر فى الدلالة على أنه يعتبر مثل هذا التصرف - الذى أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة مظنون ظنًا قويًا - ضررًا ممنوعًا منه .

لكن هذا ليس هو ما مشى عليه المذهب مما تقدم بيانه، والذى يمثل وجهة الشافعى نفسه - رحمه الله تعالى - ومن ثم فإن الذى يعول عليه فى نقل المذهب هو ما تقدم لاهذا . =

ب -الفقه الحنفي :

يلي الفقه الحنفي الفقه الشافعي رتبة في ذلك، فيصح في المذهب – في الظاهر – بيع السلاح في أيام الفتنة مع الكراهة، على أن هذه الكراهة تكون تحريمية إن علم أن المشتري من أهل الفتنة، بخلاف ما لو ظن فإنها تكون كراهة تنزيه.

أما بيع ما يتخذ منه السلاح من أهل الفتنة: كالحديد ونحوه – فلا يكره؛ لأنه ليس معداً للقتال، فلا يتحقق معنى الإعانة على الإثم والعدوان المنهى عنهما، وهذا بخلاف أهل الحرب فإنه يكره بيعهم ما يتخذ منه السلاح: كالحديد، ونحوه، والذي يظهر من الفرق : أن أهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحًا ؛ لأن فسادهم على شرف الزوال بالتوبة، أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب.

جاء في الهداية أنه « يكره بيع السلاح من أهل الفتنة [1] ، وفي عساكرهم .. ؛ لأنه إعانة على المعصية...، وإنما يكره بيع نفس السلاح، لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة » [2] .

وفيها – أيضا – أنه « يكره بيع السلاح في أيام الفتنة... ممن يعرف أنه من أهل الفتنة؛ لأنه تسبيب إلى المعصية ...، وإن كان لا يعرف من أهل الفتنة لا بأس بذلك ؛ لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة، فلا يكره بالشك » [3] .

=انظر : نهاية المحتاج للرملي (٥/ ٣٣٧).

وانظر : البيجرمي على الخطيب (٣/ ٩٧).

(١)- قوله : «من أهل الفتنة » يشمل البغاة، وقطاع الطريق، واللصوص . انظر : البحر الرائق لابن نجيم (٥/ ١٥٥) ، وحاشية رد المحتار لابن عابدين (٤/ ٢٦٨).

(٢)- الهداية مع فتح القدير (٦/ ١٠٧).

(٣)- الهداية مع تكملة فتح القدير (١٠/ ٥٩).

وجاء فى تبيين الحقائق أنه يكره « بيع السلاح من أهل الفتنة ؛ لأنه إعانة على المعصية، قال الله – تعالى – : ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** ﴾[1] ؛ ولأن الواجب قلع سلاحهم بما أمكن حتى لايستعملوه فى الفتنة، فالمنع أولي . . ، وإن لم يدر أنه منهم ، أى : من أهل الفتنة، لا يكره البيع . . ، وإنما يكره بيع نفس السلاح دون مالا يقاتل به إلا بصنعة . ، ثم ذكروا أن الحديد لايجوز بيعه من أهل الحرب، وأجازوه من أهل البغي، والذى يظهر من الفرق : أن أهل البغى لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحًا ؛ لأن فسادهم على شرف الزوال بالتوبة، أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب » [2] .

وعلى هذا فإنه يكره – تحريمًا – بيع السلاح من أهل الفتنة إن علم ؛ لأنه إعانة على المعصية.

وأما بيع ما يتخذ منه السلاح : كالحديد ونحوه فيكره لأهل الحرب ، لا لأهل البغي ؛ لعدم تفرغهم لعمله سلاحًا لقرب زوالهم ، بخلاف أهل الحرب [3] . قال ابن عابدين فى حاشيته على الدر: قولهم (يكره لأهل الحرب) مقتضى ما نقلناه عن الفتح : عدم الكراهة ، إلا أن يقال المنفى كراهة التحريم، والمثبت كراهة التنزيه؛ لأن الحديد وإن لم تقم المعصية بعينه لكن إذا كان بيعه ممن يعمله سلاحًا كان فيه نوع إعانة ، تأمل[4] .

والحاصل : أن هذه النصوص على ما فيها من كراهة بيع السلاح من أهل الفتنة – سواء أكانت هذه الكراهة تحريمية أو تنزيهية – لم تبطل مثل

---

(١)- آية (٢) سورة المائدة.

(٢)- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى (٣/ ٢٩٦، ٢٩٧) ، وانظر : البدائع (٥/ ٢٢٣) .

(٣)- الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية رد المحتار لابن عابدين (٤/ ٢٦٨).

(٤)- حاشية رد المحتار (٤/ ٢٦٨).

هذا البيع في الظاهر بالنظر إلى ما يترتب عليه من الإعانة على الإثم والعدوان ؛ لأنه يمكن أن يستعمل في غير المعصية .

وكذلك الأمر بالنسبة لبيع الحديد ونحوه من أهل الحرب فإنه – على ما في هذه النصوص من كراهة هذا البيع – لم يحكم ببطلانه، لأنه لا يتعين استعمالهم له في السلاح ، بل يمكن استعماله في آلات المهنة ، فيكون الإضرار ببيع مثل هذا مظنونًا لا محققًا، فلا يعول عليه في إبطال هذه البيوع.

وبناء عليه فإنه يتأكد ما ذكر من أن الفقه الحنفي لا يعتبر مثل هذا التصرف الذي يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة أداء ظنيًا لا أداء محققًا – ضررًا ممنوعًا منه .

ثانيًا : من قال بأن بيع السلاح من أهل الفتنة ، وبيع الحديد ونحوه من أهل الحرب باطل؛ لأنه يغلب على الظن استعماله فيما يضر بالمسلمين ، وهم فقهاء الحنابلة ، والمالكية .

أ- المذهب الحنبلي:

قال ابن قدامة في « المغني » – بعد أن ذكر أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا محرم ، والبيع باطل– : « وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام : كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة . . .، فهذا حرام ، والعقد باطل . . ، قال ابن عقيل : وقد نص أحمد – رحمه الله – على مسائل نبه بها على ذلك » [1] .

---

(١)- المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (٤/ ٢٨٤) ، وانظر : الشرح الكبير (٤/ ٤١) ففيه نص على مثل ذلك .

وقرر مثل هذا صاحب الفروع حيث قال : « لا يصح بيع ما قصد به الحرام : كعصير لمتخذه خمراً ، قطعًا – نقل الجماعة : إذا علم – ، وقيل : أو ظنًا ، واختاره شيخنا (أى : ابن تيمية) . . . ، قال أحمد : أصحاب النبى – ﷺ – كرهوا بيع العصير ، وسلاح فى فتنة ؛ لأن النبى – ﷺ – نهى عنه[1] ، قاله أحمد ، قال : وقد يكون يقتل به ، ويكون لا يقتل به ، وإنما هو ذريعة، له أو لحربي » [2] .

---

(١)- حديث «نهى رسول الله – ﷺ – عن بيع السلاح فى الفتنة» ، رواه البيهقي، وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد عن «البزار»، والطبرانى فى «الكبير».

انظر : السنن الكبرى للبيهقى (٥/ ٣٢٧) ، كتاب البيوع ، باب : «كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر، والسيف ممن يعصى الله – عز وجل – به» ، فعن عمران بن حصين موقوفًا : «أنه كره بيع السلاح فى الفتنة »وعنه – أيضا– مرفوعًا قال : «نهى رسول الله – ﷺ – عن بيع السلاح فى الفتنة». قال البيهقى : «رفعه وهم، والموقوف أصح ...، وإنما يعرف مرفوعًا من حديث بحر بن كنيز السقاء...، وبحر السقاء ضعيف لا يحتج به» .

وانظر : مجمع الزوائد للهيثمى (٤/ ٨٧، ١٠٨) ، فى البيوع، باب : « النهى عن بيع السلاح فى الفتنة» ، وباب : « بيع السلاح فى الفتنة » . قال الهيثمى فى التعقيب على حديث الباب الأول : «رواه البزار، وفيه بحر بن كنيز السقاء، وهو متروك»، وقال فى التعقيب على حديث الباب الثانى : «رواه الطبرانى فى الكبير، وفيه بحر بن كنيز ، وهو متروك».

وفى «إرواء الغليل» حكم الألبانى على الحديث بأنه ضعيف استناداً إلى ما قاله العلماء، وقد فصل القول فى ذلك انظر : إرواء الغليل (٥/ ١٣٥، ١٣٦) .

وعلق البخارى عن عمران بن حصين فى ترجمة الباب السابع والثلاثين من كتاب البيوع، باب : «بيع السلاح فى الفتنة ، وغيرها»– نحو ذلك . قال : « وكره عمران بن حصين بيعه – أى : بيع السلاح – فى الفتنة ». قال ابن حجر قوله (باب : بيع السلاح فى الفتنة وغيرها). أى : هل يمنع ، أم لا ؟ وقوله (وكره عمران بن حصين بيعه فى الفتنة). أى : فى أيام الفتنة ، وهذا وصله ابن عدى فى الكامل عن طريق أبى الأشهب عن أبى رجاء عن عمران، ورواه الطبرانى فى الكبير من وجه آخر عن أبى رجاء عن عمران مرفوعًا، وإسناده ضعيف، وكأن المراد بالفتنة ما يقع من الحروب بين المسلمين ؛ لأن فى بيعه إذ ذاك إعانة لمن اشتراه، وهذا محله إذا اشتبه الحال ، فأما إذا تحقق الباغي، فالبيع للطائفة التى فى جانبها الحق لا بأس به، قال ابن بطال : إنما كره بيع السلاح فى الفتنة؛ لأنه من باب التعاون على الإثم، ومن ثم كره مالك ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق بيع العنب ممن يتخذه خمراً ، وذهب مالك إلى فسخ البيع، وكأن المصنف – أى : البخارى – أشار إلى خلاف الثورى فى ذلك ، حيث قال : « بع حلالك ممن شئت» . البخارى مع الفتح (٤/ ٣٧٨).

(٢)- الفروع (٤/ ٤٢).

فهذه النصوص تفيد بوضوح أن المذهب الحنبلى يعتبر التصرف الذى يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة أداء ظنيًا لا محققًا – ضرراً ممنوعًا منه ؛ إذ إن بيع السلاح من أهل الفتنة ، أو لقطاع الطريق– إذا علم البائع أى : تحقق ، وقيل : أو ظن (كما هو اختيار ابن تيمية) – لا يصح فى المذهب ، ويكون العقد باطلاً ، مع أن الإمام أحمد – رحمه الله – قد بين أنه ليس يلزم من بيع السلاح فى الفتنة أن يستخدم فى قتل المسلمين ، حيث قال : « وقد يقتل به، ولا يقتل به »، ومستند ذلك – كما هو المصرح به– : سد الذرائع ؛ لأن جواز بيع السلاح فى الفتنة يؤول فى الغالب إلى ما هو مفسدة ومضرة، ومثل هذا الضرر الذى يغلب على الظن وقوعه يكون معتبراً ، ومن ثم فإنه تسد كل ذريعة يتوسل بها إليه .

وبناء على هذا فإنه تظهر هذه الصلة الوثيقة بين قاعدة « سد الذرائع »، وهذا الضابط من ضوابط الضرر، فسد الذرائع هو مستند هذا الضابط الذى يرجع إليه؛ إذ إن التصرف المأذون فيه إذا كان يؤول – فى نهاية الأمر – إلى مفسدة ومضرة يغلب على الظن وقوعها ينظر إليه بمقتضى تلك القاعدة على أنه ضرر ممنوع منه باعتبار هذا المآل المشار إليه، وذلك من غير التفات إلى كونه تصرفًا مأذونًا فيه ابتداء بمقتضى حق أو إباحة ، فحقيقة سد الذرائع – كما سبق أن قدمنا – هى : منع كل ما هو مأذون فيه ممايكون وسيلة فى النهاية إلى إيقاع المحرم.

ومعنى هذا : أنه يمنع كل ما هو مأذون فيه – ابتداء – مما يكون وسيلة فى النهاية إلى إيقاع الضرر والمفسدة؛ لأن إيقاع الضرر والمفسدة من المحرم ليس فى ذلك من شك .

والحاصل : أن الفقه الحنبلى يرى أنه من الضرر المعتبر كل تصرف

يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة أداء ظنيًا : كما فى بيع السلاح من أهل الفتنة وقطاع الطريق على أنهم قد يقتلون به، ولا يقتلون به، وذلك بالاستناد إلى قاعدة « سد الذرائع ».

ب- المذهب المالكى :

يلى الفقه المالكى الفقه الحنبلى رتبة فى ذلك، فلا يجوز فى المذهب بيع السلاح من أهل الفتنة، كذلك فإنه لا يجوز أن يباع لأهل الحرب النحاس ونحوه مما يتقوون به على المسلمين، فإن بيع مثل هذا ممن حاله ما ذكرت ففى المذهب : أنه يجبر المشترى على إخراج المبيع ، ومقابله : أنه يفسخ البيع إن كان قائمًا .

جاء فى الحطاب أنه « يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد قطع الطريق على المسلمين ، أو إثارة الفتنة بينهم، قاله فى أول سماع ابن القاسم من كتاب المحاربين ، والمرتدين ، وفى رسم البيوع الأول من سماع أشهب من كتاب التجارة إلى أرض الحرب ، وفى مسائل المديان ، والتفليس من البرزلي » [(١)] .

ولما سئل ابن القاسم فى المدونة هذا السؤال : أرأيت أهل الحرب هل يباعون شيئًا من الأشياء كلها : كراعًا، أوعروضا ، أو سلاحًا، أو سرجًا، أو نحاسًا ، أو غير ذلك ؟ قال : « قال مالك : أما كل ما هو قوة على أهل الإسلام مما يتقوون به فى حروبهم من كراع ، أو سلاح ، أو خرثى [(٢)] ، أو

---

(١)- مواهب الجليل للحطاب (٤/ ٢٥٤).

(٢)- جاء فى مواهب الجليل : قوله (وخرثى وغيره) . قال أبو الحسن: وخرثى وغيره هو بثاء مثلثة : المتاع المختلط يعنى : أثاث الخباء، وآلة السفر ، وماعونه . مواهب الجليل (٤/ ٢٥٣).

شيئًا مما يعلم أنه قوة في الحرب من نحاس ، أو غيره ، فإنهم لا يباعون ذلك » [١] .

وبالجملة فإنه لا يجوز – في المذهب – أن يباعوا (يعني : أهل الحرب) شيئًا مما يستعينون به في حروبهم من كراع، أو سلاح أو حديد ، ولا شيئًا مما يرهبون به على المسلمين في قتالهم مثل: الرايات، وما يلبسون في حروبهم من الثياب فيباهون بها على المسلمين ، وكذلك النحاس ؛ لأنهم يعملون منه الطبول فيرهبون بها على المسلمين [٢] .

فإن باعهم أحد من المسلمين شيئًا من هذا ففي المذهب : أنه يجبر المشتري– هنا – من غير فسخ للبيع على إخراج مثل هذا المبيع، هذا هو المشهور كما قال المازري، وهو مذهب المدونة .

ومقابله : أنه يفسخ البيع إذا كان المبيع قائمًا ، ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك . قال ابن رشد والخلاف مقيد بما إذا علم أن المشترى كافر، أما إذا ظن أنه مسلم فإنه لا يفسخ بلا خلاف ، ويجبر على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه [٣] .

وفي حاشية المدني على كنون نص على : أن جميع ما يستعين به الكافرون علينا ، ويتزينون به في القتال لا يجوز بيعنا إياه منهم ... ، ولا موجب لبيع ذلك منهم سوى الميل إلى الدنيا ، وحب الدينار والدرهم، ومن أراد الاحتياط لدينه فاقل مما ذكر في توجيه تحريم بيعه منهم يكفيه،

---

(١)– المدونة (٣/ ٢٧٨).

(٢)– انظر : :مقدمات ابن رشد مع المدونة (٣/ ٣٤٨).

(٣)– انظر : الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٧) ، وشرح الزرقاني على خليل ، وحاشية البناني بالهامش (٣/ ١١، ١٢) ، وحاشية الرهوني ، وحاشية المدني على كنون بالهامش (٥/ ٣٠، ٣١).

ومن طمس على بصيرته وأحب الدنيا لو أتيته بقراب الأرض حججًا لأنكرها، أو تأولها ، وكان الإنسان أكثر شيء جدلاً ..، وحكم المحاربين ، والمغيرين من الأعراب وغيرهم ممن عرف بالسعي في الفساد في الأرض، والتسلط على هتك الحريم ، وأخذ أموال الناس – مثل الكفار فيما يباع لهم وفيه تقوية لهم على مافيه مضرة المسلمين ، وإعارته لهم ، أو كراؤه : كالخيل ونحوها مثل ذلك...، ويمنع الحدادون من بيع المسامير والصفائح منهم ونحو هذا كله مما لا يخفى ، فإن بيع شيء من ذلك على الوجه الممنوع نقض، وإن فات ففي الثمن خلاف...، وكذلك من أكرى داره لبيع حشيشة، أو سفينته، أو دابته لمن أراد ركوبها لما لا يجوز شرعًا من أخذ مال مسلم، أو قتله، أو ترويعه، أو إغرامه بما لا يحل ، أو أكْراها لإعراس الظلمة، أو من هو معلوم بالتقول في الناس، وتمزيق أعراضهم، عند الأمراء، ونحو ذلك وكل هذا إذا وقع (أى : إذاوقع الكراء) فلا كراء لصاحبه ، وإذا أخذه عليه التصدق به (١) .

فهذا النص الجامع – الذى ما أحوج أمة المسلمين فى عالم اليوم إلى تفهمه – والنصوص قبله يفيد مجموعهم أن حكم بيع المحاربين (أى : قطاع الطرق) ، والمغيرين ، ومن عرف بالسعي في الفساد في الأرض، أو إعارتهم أو كرائهم – مثل حكم الكفار فيما يباع لهم وفيه تقوية لهم على مضرة المسلمين فى أنه حرام ممنوع منه، وعلى هذا فإن وقع البيع على هذا الوجه الممنوع فإنه ينقض، فإن فات ففى الثمن خلاف، أما الكراء فإنه إذا وقع ، فلا أجرة لصاحبه، وإذا أخذها فعليه التصدق بها.

---

(١)- (٥/ ٣٠) ، وانظر : المعيار المعرب (٦/ ١٩٠، ١٩١).

على أن الملاحظ أن أداء مثل هذه التصرفات (أى : التصرفات بالبيع ، أو الإعارة، أو الكراء ممن حاله ما ذكر)- إلى الإخلال بالمصلحة ظني، بمعنى : أنه يغلب على الظن وقوع هذا الإخلال، لا أنه إخلال محقق الوقوع ومع ذلك فإن الفقه المالكى يعتبره ضرراً ممنوعًا منه كما هو الواضح.

وقد علل الشاطبى لذلك حيث ذكر فى حكم القسم السابع من أقسام التصرفات المأذون فيها - وهو : ما يكرن أداؤه إلى المفسدة (أى : المضرة) ظنيًا - أنه يحتمل الخلاف ، أما بأن الأصل الإباحة والإذن فظاهر ..، وأما بأن الضرر والمفسدة تلحق ظنًّا ، فهل يجرى الظن مجرى العلم فيمنع ...، أو لا ؟ قال - رحمه الله - : ولكن اعتبار الظن هو الأرجح ؛ لأمور :

أحدها : أن الظن فى أبواب العمليات جار مجرى العلم ، فالظاهر جريانه - هنا - .

والثاني : أن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل فى هذا القسم .

والثالث : أنه داخل فى التعاون على الإثم والعدوان المنهى عنه [1] .

وهذا بخلاف ما لو كان أداء التصرف - المأذون فيه - إلى مضرة يندر وقوعها ، فإنه يبقى على أصله من الإذن، ولا يمنع منه ؛ لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور فى انخرامها ؛ إذ لاتوجد فى العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع اعتبر فى مجارى الشرع غلبة المصلحة، ولم يعتبر ندور المفسدة ؛ إجراء للشرعيات مجرى العاديات

---

(١)- الموافقات (٢/ ٣٥٩ ، ٣٦٠).

فى الوجود ، ولا يعد المتصرف- هنا - مع معرفته بندور المضرة عن ذلك التصرف مقصراً فى النظر ، ولا قاصداً إلى وقوع الضرر، ومن ثم فإن تصرفه هذا يبقى على أصل المشروعية ، ولا ينظر إليه على أنه ضرر .

قال الشاطبى : «والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها : كالقضاء بالشهادة فى الدماء ، والأموال ، والفروج، مع إمكان الكذب، والوهم، والغلط، وإباحة القصر فى السفر فى المسافة المحدودة مع إمكان عدم المشقة : كالملك المترف، ومنعه فى الحضر بالنسبة لذوى الصنائع الشاقة [١] ، وكذلك إعمال خبر الواحد، والأقيسة الجزئية فى التكاليف مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه ، لكن ذلك نادر فلم يعتبر ، واعتبرت المصلحة الغالبة» [٢] .

وخلاصة القول : أن الفقهين : الحنبلى ، والمالكى [٣] يريان أنه يكون من الضرر الممنوع شرعاً مثل هذا التصرف الذى يغلب على الظن أنه يؤدى إلى الإخلال بالمصلحة، وهذا بخلاف الفقهين : الشافعي، والحنفي.

فإن كان أداء التصرف إلى المضرة نادراً فإنه يبقى على أصله من الإذن، إذ إنه لا اعتبار بالمضرة النادرة الوقوع .

وعلى هذا فإنه تكون صياغة هذا الضابط الأول من ضوابط الضرر فى الفقهين : الحنبلي، والمالكى على النحو التالى : أن يكون إخلال التصرف بالمصلحة محققًا ، أو مظنونًا، لا موهوما .

---

(١)- الموافقات (٢/ ٣٥٩ ، ٣٦٠).

(١)- أى : فلما كان أصحابها الذين اعتادوها يندر أن تحصل لهم المشقة الخارجة عن العادة فى هذه الصنعة - كما تقدم فى بيان المشقة المعتادة وغير المعتادة - لم يعتبر هذا النادر .

(٢)- الموافقات (٢/ ٣٥٨، ٣٥٩).

(٣)- وقريب من هذا النظر نظر الفقهين : فقه الزيدية، وفقه الإمامية ، أما ابن حزم الظاهرى فيشترط لذلك أن يوقن البائع بأن المشترى سيستعمله فى الإضرار لا أن يظن . انظر : البحر الزخار (٤/ ٣٠١) ، وشرائع الإسلام (٢/ ٩.، ١.) ، والمحلى (٩/ ٣٠).

أما الفقهان : الشافعي ، والحنفى فتكون صياغة هذا الضابط – فيهما – على هذا النحو : أن يكون إخلال التصرف بالمصلحة محققًا ، لا مظنونًا – كما فى بعض الفروع – ولا موهومًا . هكذا بإضافة عبارة لا مظنونا – كما فى بعض الفروع –

والحق أن وجهة الحنابلة والمالكية هذه فى التوسع فى اعتبار الضرر، ومن ثم التوسع فى المنع منه – هى الأولى بالقبول لما سبق أن ذكر الشاطبي؛ ولأنها الأكثر تمشيًا مع مراعاة الشريعة للضرر : منعًا منه، وقطعًا له .

وبناء عليه فإن البحث يعتمد هذه الوجهة، ويقدمها على وجهة الفقهين : الشافعى ، والحنفي.

كذلك فإننا نجد الفقهين : الحنبلى والمالكى يعتبران التصرف – المأذون فيه – الذى يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرًا لا غالبا ولا نادرًا – ضررًا ممنوعًا منه فى الحكم، وهذا بخلاف الفقهين: الحنفى والشافعى .

ومن أمثلة هذا : مسائل بيوع الآجال التى حاصلها : أن يبيع المشترى لأجلٍ ما اشتراه لبائعه، أو لوكيله حالاً، وهو بيع ظاهره الجواز لكنه قد يؤدى إلى ممنوع فيمتنع ولو لم يقصد فيه التوصل إلى الممنوع سدًا للذريعة [١] .

(١)- ومن صور هذه البيوع : أن يأتى الرجل المحتاج إلى آخر فيستقرضه عشرة دراهم – مثلاً- ، ولا يرغب المقرض فى الإقراض طمعًا فى فضل لا يناله بالقرض ، فيقول : لا أقرضك ، ولكن أبيعك هذا الثوب – إن شئت – باثنى عشر درهمًا مؤجلاً، وقيمته فى السوق عشرة، ثم تبيعنى إياه بعشرة أعطيكها حالاً، فيرضى به المستقرض، فيبيعه كذلك ، فيحصل لرب الثوب درهمان ، وللمشترى قرض عشرة.
ويسمى مثل هذا ببيع العينة، ووجهات مذاهب الفقه بخصوصها كما يلى : =

وقد فصل الشاطبى القول فى ذلك حيث ذكر - رحمه الله - أن « ما يكون أداؤه إلى المفسدة (أى : المضرة) كثيراً لا غالبًا ولا نادراً [1] ، فهو موضع نظر والتباس، والأصل فيه : الحمل على الأصل من صحة الإذن كمذهب الشافعي وغيره ؛ ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان ؛ إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه؛ لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة؛ إلا أن مالكًا اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة

= قال أبو يوسف : العينة جائزة مأجور من عمل بها، وقال محمد : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا.

ونقل ابن عابدين أنه لا كراهة فيه - أى فى بيع العينة - إلا خلاف الأولي؛ لما فيه من الإعراض عن مبرة القرض.

انظر : حاشية رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٢٧٣).

أما المالكية فيمنعون من ذلك . قال ابن جزى : فيمنع للتهمة سداً للذرائع، والعقد الثانى يقع باطلاً .انظر: القوانين (٢٢٢) ، وحاشية الدسوقى (٣/ ٩١) ، والفروق (٣/ ٢٦٦) والشرح الصغير (٢/ ٤٥، ٤٦).

وبنحو ما قال المالكية قال الحنابلة ، والعقد الثانى - غير المقصود والذى يتحيل به على الجواز - يقع باطلاً انظر : الفروع (٤/ ١٦٩).

أما الشافعية فمذهبهم فى بيع العينة عبر عنه النووى فى الروضة بقوله : «ليس من المناهى بيع العينة ....، وهو أن يبيع غيره شيئًا بثمن مؤجل، ويسلمه إليه، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن نقداً ، وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقداً ويشترى بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول ، أم لا ، وسواء صارت العينة عادة له غالبة فى البلد، أم لا ، هذا هو الصحيح المعروف فى كتب الأصحاب ، وأفتى الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، والشيخ أبو محمد : بأنه إذا صار عادة له صار البيع الثانى كالمشروط فى الأول فيبطلان جميعًا».

انظر : الروضة (٣/ ٤١٦).

(٢)- قد يكون الشيء أكثر فى الوقوع من مقابله ، ولكنه لا يصل إلى أن يكون هو الغالب ومقابله نادر.
انظر : تعليق الشيخ عبد الله دراز على الموافقات هامش (١) من ص ٣٦٤جـ٢.

القصد وقوعًا؛ وذلك أن القصد لا ينضبط فى نفسه؛ لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجال هنا، وهو كثرة الوقوع فى الوجود ، أو هو مظنة ذلك ؛ ولهذا أصل ، وهو حديث أم ولد زيد بن أرقم (١) ، وأيضاً فقد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيراً : كحد الخمر، فإنه مشروع للزجر، والازدجار كثير لا غالب ، فاعتبرنا الكثرة فى الحكم بما هو على خلاف الأصل، فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، كما أن الأصل فى مسألتنا الإذن ، فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر، وخرج عن الأصل هنا من الإباحة؛ لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع » (٢) .

---

(١)- هو أثر ترويه عالية بنت أنفع عن عائشة أم المؤمنين - رضى الله عنها - ، قالت عالية إنها سمعت عائشة، أو سمعت امرأة أبي السفر تروى عن عائشة أن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة - رضى الله عنها -: يا أم المؤمنين إنى بعت من زيد بن أرقم عبداً بثمانمائة درهم إلى العطاء، واشتريته بستمائة نقداً ، فقالت عائشة - رضى الله عنها - : «بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت ، أخبرى زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله - ﷺ - إلا أن يتوب » . قالت : أرأيتنى إن أخذته برأس مالي، فقالت عائشة - رضى الله عنها - : ﴿ فمن جآءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ﴾ .

وقد عقب الشافعى على هذا الأثر بقوله : « إنا لا نثبت مثله على عائشة » .

انظر : الفروق للقرافى (٣ / ٢٦٧) ، والأم للإمام الشافعى (٣/ ٦٨).

(٢)- الموافقات (٢/ ٣٦١، ٣٦٢). وقد ذكر الشاطبى - رحمه الله - جملة من النصوص تؤكد المنع من مثل هذا التصرف الذى يكون أداؤه إلى المفسدة (الضرر) كثيراً لا غالبًا ولا نادراً ، وذلك لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع، فمن ذلك : نهيه - عليه الصلاة والسلام - عن الخليطين ، وعن شرب النبيذ بعد ثلاث، وعن الانتباذ فى الأوعية التى لا يعلم بالتخمير فيها، وبين - عليه السلام- أنه إنما نهى عن بعض ذلك لئلا يتخذ ذريعة ، فقال : «لو رخصت فى هذه لأوشك أن تجعلوها مثل هذه» ، يعنى : أن النفوس لا تقف عند الحد المباح فى مثل هذا ، ووقوع المفسدة فى هذه الأمور ليس بغالب فى العادة وإن كثر .

وحرم - عليه الصلاة والسلام - الخلوة بالأجنبية ، وأن تسافر مع غير ذى محرم ....، وحرم على المرأة فى عدة الوفاة الطيب والزينة وسائر دواعى النكاح ، ونهى عن بيع وسلف ، وعن هدية المديان إلى غير ذلك مما هو ذريعة ، وفى القصد إلى الإضرار والمفسدة فيه كثرة ، وليس بغلب ولا أكثرى .

قال الشاطبى : « والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم ، والتحرز مما عسى أن =

وبهذا فإنه يلاحظ على وجهة المالكية والحنابلة تلك مزيد من التوسع فى اعتبار الضرر، ومن ثم مزيد من التوسع فى المنع منه، وذلك بخلاف المذهبين : الحنفى ، والشافعى .

خاتمة هذا المبحث :

والذى نخلص إليه من خلال مجموع ما قدم فى هذا المبحث بخصوص هذا الضابط من ضوابط الضرر هو ما يلى :

* أنه يتفق الفقهاء على اعتبار التصرف الذى يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة : محققًا فى الحال أو فى المستقبل – ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم.

* كذلك فإنهم يتفقون على أنه ليس من الضرر الممنوع منه فى الحكم التصرف الذى يكون أداؤه إلى الإخلال بالمصلحة موهومًا، أو نادراً .

* فإن كان أداء التصرف إلى الإخلال بالمصلحة مظنونًا (أى : غالبًا)، أو كثيراً لا غالبا ولا نادراً ، اعتبر مثل هذا التصرف ضرراً ممنوعًا منه – فى الحكم – فى الفقهين : المالكى ، والحنبلى ، ويخالف فى ذلك الحنفية والشافعية ؛ إذ إن ما كان على هذا النحو ليس يسلم – عندهما– بأنه من الضرر الممنوع منه فى كل الأحوال.

* والحق أن وجهة المالكية والحنابلة هذه فى التوسع فى اعتبار الضرر، ومن ثم التوسع فى المنع منه – هى الأولى بالقبول لما سبق أن أشير إليه ؛ ولأنها الأكثر تمشيًا مع مراعاة الشريعة للضرر : منعًا منه ، وقطعًا له.

= يكون طريقًا إلى المفسدة، فإذا كان هذا معلومًا على الجملة والتفصيل فليس العمل عليه بيدع فى الشريعة، بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري، أو حاجى ، أو تحسيني» . انظر : الموافقات (٢/ ٣٦٣، ٣٦٤).

المبحث الثانى

في بيان الضابط الثانى لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضررا

والضابط الثانى لاعتبار الإخلال بالمصلحة (أى : الضرر) ضرراً ممنوعًا منه فى الفقه الإسلامى- هو : أن يكون ذلك الإخلال بينًا، والمقصود بالبين : ما كان فاحشًا لا يسيرًا ، وذلك بحيث يظهر لا أنه يُشْكِلُ .

ومعنى هذا : أن الفقه الإسلامى ينظر إلى مقدار إخلال التصرف بالمصلحة (أى : إلى مقدار الضرر) ، فإذا كان هذا المقدار من الكبر والفحش بحيث يصير الإخلال بينًا ظاهراً مثله لا يشكل على أهل الخبرة، فإنه يكون ذلك ضرراً معتبراً يقضى بمنعه وضمان ما تولد عنه .

أما إذا كان مقدار الإخلال بالمصلحة يسيراً (أى : قليلا يشق الاحتراز عنه، ومثله يحتمل عادة)فإنه لا ينظر إليه على أنه ضرر معتبر ، ومن ثم فلا يمنع منه .

لكن إذا تجاوزنا هذا النظر المجرد – الذى هو محل اتفاق – إلى حيث بيان حد الضرر الفاحش، وحد الضرر اليسير ، ومجال ذلك ، فإنه يلاحظ هذا القدر من الخلاف بين مذاهب العلماء ، وهو ما يقتضينا أن نعرض لوجهة كل على حدة، وذلك على النحو التالى :

أولاً : المذهب الحنفى :

ابتداء يقرر البحث أن الحنفية يفرقون بهذا الخصوص بين بابى : تصرف الإنسان فى خالص ملكه ، وتصرفه فى المنافع والأعيان المشتركة .

ففى **الباب الأول** : باب تصرف الإنسان فى خالص ملكه ، لا يعتبر التصرف المخل بالمصلحة ضرراً من وجهة الفقه الحنفى إلا إذا كان هذا الإخلال بينًا أى : ظاهراً غير مشكل ، فاحشًا غير يسير ، ويحدون هذا بأحد ثلاثة أمور سوف نعرض لها بعد قليل ، على أن النظر فى الوقائع التى عرضت للفقه الحنفى، وما قدمه بشأنها من حلول يفيد اعتبار المذهب للضرر ولو لم يكن بينًا ، وذلك نزول بالضرر المعتبر عن هذه الحدود التى حدوها .

أما **الباب الثانى** : باب تصرف الإنسان فى المنافع والأعيان المشتركة، فإنه يكفى – عند الحنفية – لاعتبار التصرف (المخل بالمصلحة) ضرراً ممنوعًا منه أن يفوت المنفعة الأصلية للشىء : بعضها، أوكلها ، فإن أشكل التصرف ووقع الاشتباه والشك فيه : هل مثله يفوت المنفعة – بعضها أو كلها – (أى : يضر) ، أو لا ؟ – فقد اختلف فيه .

فأما الصاحبان (أبو يوسف، ومحمد) فلم يعتبرا هذا التصرف المشكل ضرراً ، ومن ثم فلم يمنعا منه ، وأما أبو حنيفة فمنع منه ، والمختار فى مثل هذا الذى يشكل : أن المتصرف لا يملكه .

ويؤكد مما ذكرت نصوص كثيرة سبق أن عرض البحث لبعضها تحت عنوان : وجهة الفقه الحنفى فى العمل بحديث : « لا ضرر ولا ضرار » ، ونذكر – هنا – عدداً منها ، فمن ذلك : نص « فتح القدير » .

قال الكمال : « وأما قوله – ﷺ – : « لا ضرر ولا ضرار » ، فلا شك أنه عام مخصوص ؛ للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر . . . . ، نحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحبس فى خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم و حاجتهم خصوصًا إذا كان فيهم مريض يتضرر به . . . ،

فلا بد أن يحمل (أى : الضرر الممنوع منه شرعًا) على خصوص من الضرر، وهو : ما يؤدى إلى هدم بيت الجار، ونحوه من الضرر البين الفاحش.

وفى الذخيرة : حكى عن بعض مشائخنا- رحمهم الله - : أن الدار إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنوراً للخبز الدائم، أو رحاً للطحن ، أو مدقة للقصارين - يمنع منه؛ لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشًا . قيل : وأجمعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطان ويوهنها، ودوران الرحا من ذلك .

والحاصل : أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقًا ؛ لأنه يتصرف فى خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، لكن يترك القياس فى موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشًا كما تقدم ، وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد ، وهو : ما يكون سببًا للهدم ، وما يوهن البناء سبب له ، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وهو : ما يمنع الحوائج الأصلية : كسد الضوء بالكلية . . ، واختاروا الفتوى عليه .

وأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب الانتفاع بملك الإنسان»[1] . والنظر إلى هذا النص يفيد أن الحنفية لا يعتبرون كل ضرر فيمنعون منه، وإنما مذهبهم اعتبار خصوص من الضرر - هنا فى هذا الباب - وهو : ما كان بينًا (أى : فاحشًا) لا يسيراً ، ومن ثم فإن الضرر اليسير المعتاد مثله نحو طبخ ينتشر به دخان ... إلخ - لا يكون معتبراً ، فلا يحكم بمنعه .

---

(١)- فتح القدير (٧/ ٣٢٦).

وحد هذا البين (أى : الفاحش) أحد ثلاثة أمور :

١- أن يكون سببًا للهدم ، بمعنى أنه يكون من الضرر المعتبر فى الفقه الحنفى كل تصرف للإنسان فى ملكه من شأنه أن يهدم بناء الغير، وبناء عليه فإن الحنفية يمنعون منه .

٢- أو أن يكون موهنًا للبناء، بمعنى أنه يكون من الضرر المعتبر عند الحنفية كل تصرف للإنسان فى ملكه من شأنه أن يوجب وهن بناء الغير ؛ إذ إن كل ما يوجب وهن البناء يكون سببًا للهدم، ومن ثم فإنه يمنع منه .

٣- أو أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، بمعنى أن كل تصرف للإنسان فى ملكه من شأنه أن يمنع الحوائج الأصلية من مال الغير يكون ضررًا فاحشًا ممنوعًا منه فى الفقه الحنفى .

والحنفية - هنا - يفرقون بين ما يمنع الحوائج الزائدة : كبناء يمنع الشمس والريح، وبين مايمنع الحوائج الأصلية : كبناء يمنع الضوء بالكلية ، فلا يعتبرون من الضرر التصرف الأول، ويعتبرون التصرف الثانى ضررًا ، فيمنعون منه (١) .

مع ملاحظة أن يكون الضرر - الممنوع منه - مانعًا للحوائج الأصلية بالكلية ، كما فى منع البناء كل أثر للضوء بحيث يظلم بناء الغير ويعتم، فإن كان فى البناء (أى : بناء الغير) سبيل أخرى يتوصل بها إلى بعض الضوء، لم تكن الحوائج الأصلية قد منعت بالكلية، فلا يكون مثل هذا الضرر فاحشًا من وجهة الفقه الحنفى، وعليه فإنه لا يعتبر ، ولا يمنع منه فى الحكم (٢) .

(١)- انظر : جامع الفصولين (٢/ ١٩٤).

(٢)- انظر : حاشية رد المحتار (٥/ ٤٤٨).

نص ثان :

جاء فى الدر المختار : أنه « لا يمنع الإنسان من التصرف فى ملكه إلا إذا كان الضرر بجاره ضرراً بينًا، فيمنع من ذلك، وعليه الفتوى..، واختاره فى « العمادية »، وأفتى به قارئ الهداية ، حتى يمنع الجار من فتح الطاقة، وهذا جواب المشايخ استحسانًا ....، وبقى مالو أشكل هل يضر أم لا ؟ ، وقد حرر محشى الأشباه المنع » [١] . قال ابن عابدين : « (قوله بينًا) أى : ظاهراً ....، وفى « الخيرية » : قيل بالمنع مطلقًا ....، سواء كان الضرر بينًا ، أو لا ، لكن عزا فى الخيرية ذلك إلى « التتار خانية »، و« العمادية » ، وليس ذلك فى « العمادية » كما رأيت ، فالظاهر أن لفظ مطلقا سبق قلم » [٢] .

وبهذا فإنه يتأكد صواب ما قدمت من أن وجهة الفقه الحنفى – فى هذا الباب –: أنه لا يعتبر من الضرر الممنوع منه إلا ما كان تصرفًا مخلا بالمصلحة إخلالاً بينًا . أى : ظاهراً غير مشكل .

أما ما ذكر فى الدر المختار من أن محشى الأشباه قال فيما لو أشكل هل يضر أو لا ؟ – : بأنه يمنع منه ؛ قياساً على مسألة السفل والعلو : أنه لا يتد إذا أضر ، وكذا إن أشكل على المختار للفتوى كما فى« الخانية » ، فكذا تصرفه فى ملكه إن أضر أو أشكل يمنع ، وإن لم يضر لا يمنع –فقد رد عليه ابن عابدين مبيناً خطأه حيث قال فى حاشيته على الدر: « هذا غير مسلم؛ لأنه مخالف لكلامهم مع أنه قياس مع الفارق، وذلك أنك علمت أن أصل المذهب فى مسألتنا : عدم المنع مطلقًا ؛ لكونه تصرفًا فى خالص ملكه ، وخالف المشايخ أصل المذهب فيما إذا كان الضرر بينًا ، ولا يخفى

---

(١)- الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٥/ ٤٤٨).

(٢)- حاشية رد المحتار (٥/ ٤٤٨).

أن التقييد بالبين مخرج للمشكل، فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين ، وقياسه على المشكل فى مسألة السفل غير صحيح ؛ لأن المتون الموضوعة لنقل المذهب ماشية على منع التصرف فيها عكس مسألتنا ، وذكر بعض المشايخ : أن المختار تقييد المنع بالمضر أو المشكل ، وما ذاك إلا لكونه تصرفًا فيما للجار فيه حق ، وهو صاحب العلو ، فالأصل : عدم جواز التصرف إلا بإذنه بخلاف مسألتنا فإن الأصل فيها الجواز لكونه تصرفا فى خالص حقه فإلحاق المشكل فيها بالمشكل فى الأولى غير صحيح » (١) .

وهكذا ينتهى ابن عابدين إلى أن اعتبار التصرف الذى يشكل هل يضر أو لا ؟ – فى هذا الباب – ضرراً ممنوعاً منه – مرفوض ؛ إذ إن التصرف الذى يعتبر ضرراً هو ما يكون أداؤه إلى الضرر بينًا . أى : ظاهراً، لا مشكلاً .

على أنه يبقى بعد هذا كله أنه وجد فى المذهب من قال بمنع التصرف المشكل فى هذا الباب، ومن قبل فإنه قد وجد من قال باعتبار الضرر مطلقًا سواء كان بينًا أو لا كما فى « الخيرية » ، وهذا وذاك نزول بالضرر الممنوع منه عن هذا الضابط : ضابط أن يكون بينًا .

ونعرض – هنا – لبعض المسائل التى تفيد أن الفقه الحنفى قد اعتبر الضرر البين بالحدود المذكورة والضرر الذى ليس بينًا فى هذا الباب : باب تصرف الإنسان فى خالص ملكه .

قال فى « البحر الرائق » : أراد الجار أن يعلى حيطانه فى هواء مشترك لم يكن للجار منعه ، وقال السغدى بالمنع، وهو مروى عن محمد(٢) .

---

(١)- حاشية رد المحتار لابن عابدين (٥/ ٤٤٩).

(٢)- انظر : البحر الرائق لابن نجيم (٧/ ٣٢).

فعلو الحيطان يسد الريح والشمس على الجار، ولما كان ذلك من الحوائج الزائدة لا الأصلية ، فإنه لا يكون التصرف بالعلو ضرراً بينًا ، فينبغى أن لا يعتبر وأن لا يمنع منه، ومع ذلك فإن محمداً عده ضرراً ، وقال بالمنع منه، وهذا نزول بالضرر المعتبر عن ضابط : أن يكون بينًا .

وفى كتاب «الاستحسان» ذكر الرازى : أن الدار إذا كانت مجاورة للدور فأراد صاحبها أن يبنى فيها تنوراً للخبز الدائم كما يكون فى الدكاكين، أو رحًا للطحين ، أو مدقات للقصارين لم يجز ؛ لأن ذلك يضر بجيرانه ضرراً فاحشًا لا يمكن التحرز عنه، فإنه يأتى منه الدخان الكثير الشديد، ورحا الطحن ، ودق القصارين يوهن البناء بخلاف الحمام فإنه لا يضر إلا بالنداوة ويمكن التحرز عنه بأن يبنى حائطًا بينه وبين جاره ، وبخلاف التنور المعتاد فى البيوت [1] .

فهذه المسائل ظاهرة فى الدلالة على أن التصرف الذى يخل بالمصلحة لا يكون ضرراً ممنوعًا منه – هنا – إلا إذا كان مقدار هذا الإخلال كثيراً شديداً لا يمكن التحرز عنه، وهو ما يعبر عنه بالفاحش ، فإن كان مقدار الإخلال يسيراً معتاداً بحيث يمكن التحرز عنه لم يعد ضرراً ، وبناء عليه فلا يمنع منه فى الحكم . وهى بهذا تضيف بعداً جديداً للضرر البين الذى هو محل اعتبار الفقه الحنفى ، وهو : أن يكون كثيراً شديداً لا يمكن التحرز عنه ، لا أن يكون معتاداً يمكن التحرز عنه ، وعلى هذا فإنه يظهر أن الحنفية يستندون فى تحديد الفاحش من غيره إلى العرف والعادة .

والحاصل : أن هذه المسائل تفيد أنه لا يعتبر فى الفقه الحنفى إلا الضرر البين .

---

(١)- المصدر السابق (٧/ ٣٢، ٣٣). وصحح النسفي في الحمام : أن الضرر إن كان فاحشًا يمنع، وإلا فلا.

على أنه يوجد - كما سبق - ما يفيد أن بعض مشائخ المذهب اعتبروا الضرر الذى ليس بينًا ، ففى «البحر» : أصابه ساحة فى القسمة فأراد أن يبنى عليها ، ويرفع له البناء ، ومنعه الآخر، فقال : يسد علىَّ الريح والشمس . . . . ، قال نصير ، والصفار : له المنع[1] ، مع أن الضرر ليس بينًا ؛ لأن منع الريح والشمس - كما سبق - من الحوائج الزائدة لا الأصلية .

فإذا تجاوزنا الضرر المعتبر فى هذا الباب إلى حيث الضرر المعتبر فى باب تصرف الإنسان فى المنافع والأعيان المشتركة فإننا نجد هذه الجملة من المسائل التى تفيد أن الفقه الحنفى ينزل بالضرر المعتبر - هنا - عن ضابط : أنْ يكون بينًا .

جاء فى فتاوى قاضيخان « مسألة » علو لرجل، وسفل لآخر . قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - : ليس لصاحب العلو أن يبنى فى العلو بناء ويتد وتداً إلا برضا صاحب السفل . وقال صاحباه - رحمهما الله - : له ذلك إذا لم يضر بالسفل .

والمختار للفتوى : أنه إن أضر بالسفل يمنع ، وإن لم يضر لا يمنع ، وعند الاشتباه والإشكال يمنع[2] .

فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر[3] .

فما لا شك فى عدم ضرره : كوضع مسمار صغير أو وسط - يجوز

---

(١)- انظر : البحر الرائق (٧/ ٣٣) ، وفتاوى قاضيخان بهامش الهندية (٣/ ١١٦، ١١٧) . وجامع الفصولين (٢/ ١٩٤) ، وفتح القدير (٧/ ٣٢٦) .

(٢)- (٣/ ١١٧) .

(٣)- (٧/ ٣٢١) .

اتفاقًا ، وما فيه ضرر ظاهر: كفتح الباب - ينبغى أن يمنع اتفاقًا ، وما يشك فى التضرر به: كدق الوتد فى الجدار ، والسقف، فعند أبى يوسف ومحمد : لا يمنع ؛ لأن الأصل فيه الإباحة ؛ لأنه تصرف فى حق ملكه، والحظر بعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجز المنع ؛ لأن اليقين لا يزال بالشك .

وعند أبى حنيفة : الأصل الحظر ؛ لأنه تصرف فى محل تعلق به حق محترم للغير [١] .

وقال شيخ الإسلام : إذا أشكل تصرف صاحب العلو ، وهل يضر بالسفل أو لا : لا يملكه بالاتفاق . وقال الصدر الشهيد : المختار إذا أشكل لا يملكه ، وإذا لم يضر ملكه [٢] .

والحاصل : أنه يمكن القول بأن الفقه الحنفى يمنع - هنا - من التصرف الذى يشكل : هل يضر أو لا ؟ (أى : الذى يكون أداؤه إلى الضرر مشكلاً لا بينًا) ، وهى وجهة أبى حنيفة ، وهذا بخلاف ما قال به الصاحبان من أنه لايمنع إلا التصرف الذى يكون أداؤه إلى الضرر ظاهراً .

مسألة أخرى . قال فى الدر المختار : مسألة - «أخرج إلى طريق العامة كنيفًا ، أو ميزابًا، أو جرصنًا ، أو دكانًا ، جاز إحداثه إن لم يضر بالعامة ، ولم يمنع منه ، ولكل أحد من أهل الخصومة منعه ابتداء ، ومطالبته بنقضه ورفعه بعد البناء. . ، هذا كله إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام وإن بنى للمسلمين : كمسجد ونحوه ، أو بنى بإذن الإمام لا ينقض[٣] .

---

(١)- انظر : فتح القدير (٧ / ٣٢١ ، ٣٢٢).

(٢)- السابق.

(٣)- فتح القدير (٦ / ٥٩٢ ، ٥٩٣).

وهنا احتراز، وهو : أنه لا ينبغي للإمام أن يأذن به إذا أضر بالناس ، بأن كان الطريق ضيقًا . قال ابن عابدين : وفى «الشمنى» : أنه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام ، أو لم يأذن، ولعل المراد يأثم به، وإن لم يكن لأحد منازعته ؛ لأن منازعة ما يوضع بإذن الإمام افتيات عليه[1] .

فإن كان إحداثه مثل هذا – فى الطريق – يضر بالعامة ، لم يجز الإحداث

قال فى «الدر المختار» : وإن كان يضر بالعامة (يعنى : ماسبق من صور الإحداث) – لا يجوز إحداثه؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – : «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام» [2] .

والقعود فى الطريق لبيع وشراء يجوز إن لم يضر بأحد، وإلا لا ، على هذا التفصيل السابق [3] .

ويستفاد من مجموع ما جاء فى هذه المسألة : أن تصرف الإنسان فى المنافع المشتركة – التى يتعلق بها حق عموم الأفراد – مقيد بعدم الإضرار.

وأن اعتبار الفقه الحنفى للتصرف – هنا– ضرراً ليس يرجع إلى أنه يؤدى إلى ضرر بيِّن بالمعنى المذكور آنفًا فى باب تصرف الإنسان فى خالص ملكه، بل يكفى لاعتباره ضرراً ممنوعا فى هذا الباب أن يؤدى إلى قطع المنفعة الأصلية للشيء : بعضها ، أو كلها .

وأن التوسع فى اعتبار الضرر فى مثل هذه المواضع مرجعه إلى مراعاة حديث : «لا ضرر ولا ضرار»، وهذا بخلاف التضييق فى اعتبار الضرر فى موضع تصرف الإنسان فى خالص ملكه ؛ وذلك مراعاة لقاعدة حق الملك .

---

(١)- حاشية رد المحتار علي الدر المختار لابن عابدين (٦/ ٥٩٣).

(٢)- الدر المختار (٦/ ٥٩٣). (٣)- انظر : المصدر السابق .

وجملة القول : أن الضرر المعتبر – هنا – مطلق في المتون من غير اشتراط أن يكون بيناً ، وهو قطع المنفعة الأصلية : بعضها ، أو كلها .

تلك هي التفصيلات التي استطعت الوقوف عليها في الفقه الحنفي بخصوص هذا الضابط الثاني من ضوابط الضرر، والتي جملتها : أن الفقه الحنفي يعتمد هذا الضابط ، ويحده في باب : « تصرف الإنسان في خالص ملكه » بحدود تضيق من دائرة اعتبار الضرر – الممنوع منه في الحكم – على ظاهر الرواية لا على غير الظاهر ، وهذا بخلاف باب : « التصرف في المنافع والأعيان المشتركة » .

ثانياً : المذهب المالكي :

تفيد مطالعة كتب المالكية أن المذهب لا يعتبر كل تصرف أخل بمصلحة مشروعة ضرراً ، بل ينظر إلى مقدار هذا الإخلال ، فإن كان خفيفاً يسيراً لا يستديم لا يعد ضرراً، ولا يمنع منه في الحكم وإن كان بيناً . أي : كبيراً ، مستديماً، يتمادى ، اعتبر ضرراً ممنوعاً منه، وحكم بقطعه .

جاء في التمهيد لابن عبد البر في بيان أوجه الضرر الممنوع منه : أنه من هذا الباب وجه آخر من الضرر منع منه العلماء : كدخان الفرن ، والحمام ، وغبار الأندر ، والأنتان، والدود المتولدة من الزبل المبسوط في الرحاب، وما كان مثل ذلك كله « فإنه يقطع منه ما بان ضرره، وبقي أثره ، وخشي تماديه » .

وأما ما كان ساعة خفيفة : مثل نفض التراب والحصر عند الأبواب، فإن هذا مما لا غنى للناس عنه، وليس مما يستحق به شيء يبقى، والضرر في منع مثل هذا أكبر وأعظم من الصبر على ذلك ساعة خفيفة [1] .

---

(١)- التمهيد لابن عبد البر (٢٠/ ١٦١).

وقال في البهجة: «وقضى بمنع دخان ورائحة : كدباغ..، وأما دخان المطابخ ونحوها مما لا يستغنى عنه في المعاش ، ويكون في بعض الأوقات فقط، ولا يستدام أمره فلا يمنع منه» (١) .

وفي مواهب الجليل : سئل أصبغ في الرجل يبنى داراً له فيأخذ من طريق المسلمين شيئًا يزيده فيها – كان ذلك مضراً بطريق المسلمين أو لا يضر – أترى ذلك جائزاً ، وهل تجوز شهادة مثل هذا؟ قال أصبغ : إن كان اقتطعه اقتطاعًا فما يضر بالطريق والمسلمين ، وأدخله في بنيانه، وكان إدخاله – فيما يرى – بمعرفة لا بجهالة، أو وقف عليه فلم يبال ، فلا أرى أن تجوز شهادته ، ويهدم بنيانه إذا أضر جداً ، وإن كانت الطريق واسعة جداً كبيرة، وكان الذى أخذ الشيء اليسير جداً الذى لا يضر، ولا يكون فساداً في صغير ما أخذ وسعة الطريق وكثرته، فلا أرى أن يهدم بنيانه ولا يعرض له، وقد سألت أشهب عنها بعينها ، ونزلت عندنا فكان هذا رأيى فيها ، فقال لى مثله (٢) .

فهذه النصوص ظاهرة في أنه لا يعتبر التصرف المخل بالمصلحة إخلالاً يسيراً ضرراً في المذهب المالكي ، بل لابد لاعتباره ضرراً من هذا الضابط، ضابط : أن يكون مقدار هذا الإخلال كبيراً جداً، أى : فاحشاً ، أو بتعبير آخر أن يكون هذا الإخلال بيناً . أى : ظاهراً ، مستديماً ، بحيث يمكن أهل العلم والبصر الحكم عليه بأنه ضرر، وهذا هو ما عبر عنه ابن عبد البر في قوله – السابق – «فإنه يقطع (أى : يكون ضرراً معتبراً فيحكم بقطعه) ما بان ضرره ، وبقى أثره (أى : كان مستديماً)، وخشى تماديه (أى : يكثر ويفحش بمضى الوقت)».

---

(١)- البهجة شرح التحفة للتسولي (٢/ ٣٣٥).

(٢)- مواهب الجليل للحطاب (٥/ ١٥٤).

ويؤكد من هذا نصوص أخرى كثيرة لمسائل تعبر عن وقائع عرضت للفقه المالكى فحكم فيها بمقتضى هذا الضابط ، بمعنى أنه كان يحكم على التصرف بأنه ضرر – ممنوع منه – إذا كان إخلاله بالمصلحة كبيراً مستديماً بيناً لأهل العلم والنظر ، فإن كان مقدار إخلال التصرف بالمصلحة خفيفاً . أى : يسيراً مثله يحتمل عادة لم يحكم عليه بأنه ضرر ، ومن ثم لم يمنع منه فى الحكم .

فمن هذه النصوص ما جاء فى « التبصرة » . قال ابن فرحون : أما الضرر فمثل ما يحدث الرجل فى عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام ، أو فرن للخبز ، أو لسبك ذهب أو فضة ، أو كير لعمل الحديد ، فقد قال ابن القاسم عن مالك فى « المجموعة » : إنَّ لهم منعه ، وقاله مالك فى الدخان، وقال التنور خفيف ...، ووجه الضرر فيما ذكرناه هو : الدخان الذى يحصل من الفرن ، والحمام فيدخل على الجيران فى دورهم ، ويضرهم ، وهو من الضرر الكبير المستدام ، و ما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضر به إذا شهدت البينة بأنه من الضرر [1] .

فإن أمكن قطع الدخان مع بقاء الفرن بأن جعل أنبوباً فى أعلى الفرن يرتقى فيها الدخان ولا يضر بالجار لم يكن التصرف بمثل ما سبق ضرراً ، وعليه فإنه لايحكم بمنعه [2] .

والنظر إلى نص ابن القاسم هذا عن مالك يفيد أنه لا يعتبر من الضرر إلا ما كان على هذه الصفة « أن يكون كبيراً مستداماً » ، فإن كان خفيفاً : كإحداث التنور لحاجة أهل البيت– لم يعتبر ، كما نص مالك .

---

(١)- تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٥٠، ٢٥١).

(٢)- انظر : المصدر السابق . قال ابن فرحون : وبذلك قضي سليمان بن أسود .

قال مالك : « التنور خفيف »، وهذا بخلاف الفرن الذى يتخذ للخبز الدائم .

كذلك فإنه يستفاد من جملة ماجاء فى النص أن الفقه المالكى لا يعتبر التصرف المخل بالمصلحة ضرراً إلا إذا كان ظاهراً بحيث يمكن للبينة أن تشهد بأنه من الضرر ، وهنا فإنه يلاحظ مدى أهمية اعتبار عادات الناس وأعرافهم بهذا الخصوص إذ إن شهادة البينة بأن هذا من الضرر سوف تستند – إلى حد كبير – إلى العرف والعادة ، فمثلا سوف تشهد البينة بأن دخان المطابخ ونحوها – مما لا يستغنى عنه فى المعاش ، ويكون فى بعض الأوقات – مما جرت به العادة وتعارف عليه الناس ، وليس مثله ضرراً، فى حين أنها سوف تشهد بأن دخان فرن الخبز الدائم فوق العادة وبخلاف العرف فيكون ضرراً ، وهكذا .

نص آخر : قال فى التاج والإكليل : « فى ضرر صوت الحركات طرق ، روى ابن القاسم من أحدث رحًا تضر بجاره منع . . .، قال الباجى : أما الرحا إن ثبت أنها تضربجدران الجنان منع منها وأما صوتها، فقال مطرف، وابن الماجشون فى الغسال ، والضراب يؤذى جاره وقع صوتهما : إنه لا يمنع، وتحتمل رواية ابن القاسم الخلاف، ووجه الأول : إنما ذلك فى الصوت الضعيف ليس له كبير مضرة، أو مالايستدام .

وأما ما كان صوتاً كبيراً مستداماً :كالكمادين. . ، والرحا ذات الصوت الشديد – فإنه ضرر يمنع منه [1] » .

---

(١)– التاج والإكليل شرح مختصر خليل للمواق (٥/ ١٦٥).

وهذا النص ظاهر فى الدلالة على صواب ما تقدم من أن الفقه المالكى لا يعتبر من الضرر إلا الكبير (أى : الفاحش) ، المستدام ، فالصوت الضعيف الذى ليس له كبير مضرة ، ولا يستدام – لا ينظر إليه على أنه ضرر ، ومن ثم لا يمنع منه ، وهذا بخلاف الصوت الكبير المستدام (أى : الشديد) فإنه يكون ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم.

ويظهر – هنا – مدى أهمية العرف والعادة فى الحكم على التصرف المخل بالمصلحة – بأن إخلاله فاحش ، وذلك حتى يقضى عليه بأنه من الضرر المعتبر (أى : الممنوع منه فى الحكم) ، فأصوات مثل الحداد والكماد ، أو شبه ذلك مما له دوى وصوت يستضر به الجار ، يمنع أصحابها من ذلك إذا عملوا فيها بالليل – عند من لا يمنع منها بالنهار – لأن الليل كما هو المتعارف عليه والمعتاد محل سكون الناس وراحتهم، فيكون ضررها فاحشًا ، وهذا بخلاف النهار فإنه لا يمنع من مثل ذلك فيه ؛ لأن النهار – كما هو العرف – محل الحركة والعمل حيث الصخب والضجيج لا السكون ، فيكون دوى صوت عمل : كالحدادة، والكمادة – بالنسبة إلى المعروف عن النهار من طبيعة – ضرراً يسيراً [(١)] .

نص ثالث : قال فى التبصرة : « وأما إحداث رحا على نهر فوق رحا قديمة تضرها فى نقصان طحن ، أو كثرة مؤونة، أو فى غير ذلك ضرراً بيناً، فذلك ممنوع منه، قاله ابن القاسم ، ولو لم يتبين لأهل المعرفة فى ذلك ضرر قيل له : عمر فإنك إن أضررت بجارك منعناك » . [(٢)] .

---

(١)- في المذهب ثلاث وجهات بهذا الخصوص ، الأولى : أنه يمنع من ذلك إذا عمل فيه بالليل والنهار، والثانية : لا يمنع منه، والثالثة : يمنع من العمل بالليل إذا أضر بجاره ولا يمنع بالنهار. قال ابن سعيد : الذي اتفق عليه شيوخنا أن يمنع من العمل بالليل إذا أضر بجاره ، ولا يمنع بالنهار ، قاله ابن عبد ربه . انظر : التبصرة (٢/ ٢٦١).

(٢)- السابق (٢/ ٢٥٧).

فالنص يفيد – بوضوح – أن الضرر المعتبر الممنوع منه فى الحكم هو ما كان بينًا (أى : ظاهرًا) بحيث يمكن أهل المعرفة أن يشهدوا على مثله بأنه ضرر ، فإذا لم يتبين لأهل المعرفة أنه ضرر؛ لعدم ظهوره (أى : لعدم كونه بينًا) – لم يعتبر ضررًا ، وبالتالى فإنه لا يمنع منه فى الحكم .

والحاصل : أن كل هذه النصوص تتآزر على إفادة هذا المعنى ، معنى أن الفقه المالكى لا يعتبر التصرف المخل بالمصلحة المشروعة ضررًا ممنوعًا منه إلا إذا كان مقدار هذا الإخلال كبيرًا (أى : فاحشًا) لا يسيرًا ، ويدخل فى الإخلال الكبير – هنا أن يكون أداء التصرف إلى الإخلال بالمصلحة يسيرًا غير أنه مما يخشى تماديه مع مرور الوقت ، وبناء عليه فإنه يكون ممنوعًا منه فى الحكم من البداية .

على أن حد هذا الإخلال الكبير لم يذكر صراحة فى النصوص التى وقفت عليها ، بل غاية ما هنالك أنه يمكن تصور مثل ذلك من إمعان النظر فيها ، وهذا التصور خلاصته : أن المذهب يحد الكبير بالعرف والعادة ، بمعنى أنه يرجع إلى العرف ويعول عليه فى بيان الكبر وعدمه ، فلا يكون كبيرًا إلا ما قضى العرف بأن مثله يكون من الكبير الذى لا يمكن الاحتراز عنه ، ويثبت ذلك بشهادة البينة، وقد عبر عنهم فى المذهب بأنهم : أهل العلم ، وأهل المعرفة ، وأهل البصر .

كذلك فإنه يمكن أن يرد على هذا التصور أن الفقه المالكى يحد الكبير – علاوة على الحد السابق– بهذا الحد، حد : أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، بمعنى أن يمنع الحوائج الأصلية من مال . قال فى التبصرة : « وأما إحداث بناء يمنع الضوء، والشمس ، والريح فاختلف فيه هل يمنع أوْلا ؟ قال فى « المتيطية » : لا يمنع إلا أن يكون أظلم عليه » (١) .

---

(١)- تبصرة الحكام (٢ / ٢٥٧).

ونقل – أيضاً – صاحب التبصرة عن « معين الحكام » أنه : قال ابن عتاب : الذى أقول به، وأنقله من مذهب مالك : أن جميع الضرر يجب قطعه إلا ما كان من رفع بناء يمنع هبوب الريح ، وضوء الشمس وما كان فى معناهما [1] .

فالنصان يدلان دلالة ظاهرة على أنه لا يكون من الضرر المعتبر مثل هذا التصرف الذى يمنع الحوائج الزائدة من مال : كالبناء الذى يمنع هبوب الريح، وضوء الشمس بحيث لا يظلم عليه ؛ وذلك لأن مثل هذا الإخلال بالمنفعة يسير لم يخرج به ملك الغير عن أن يكون منتفعًا به بالكلية .

وهذا بخلاف ما لو كان التصرف مانعًا من الحوائج الأصلية : كمنع الضوء بالكلية، فإنه يكون ضرراً معتبراً ممنوعًا منه فى الحكم ؛ ذلك لأن مثل هذا الإخلال بالمنفعة كبير يخرج به ملك الغير عن أن يكون منتفعًا به بالكلية .

وهكذا ندرك أن حد الكبير بما يخرج عن الانتفاع بالكلية (بمعنى : أن يمنع الحوائج الأصلية من مال) – يمكن تصور وروده على الفقه المالكى.

وبهذا يكون البحث قد انتهى من بيان وجهة الفقه المالكى بخصوص هذا الضابط من ضوابط اعتبار التصرف ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم، ضابط : أن يكون التصرف مخلاً بالمصلحة المشروعة إخلالاً بينًا (أى : فاحشًا) لا يسيراً ، وذلك بما حاصله : أن المالكية يعتمدون هذا الضابط على وجه الإجمال، ويستندون إلى العرف فى تحديده، وهم بذلك يخالفون ما قرره الفقه الحنفى من تحديد للضرر البين تحديداً يضيق من دائرة اعتبار الضرر، ولعل هذا هو ما يفسر لنا توسع المالكية فى اعتبار الضرر الممنوع منه فى الحكم .

---

(١)- تبصرة الحكام (٢ / ٢٥٥).

ثالثاً : المذهب الشافعي :

يقرر البحث في البداية أن الشافعية يفرقون بهذا الخصوص بين بابي : تصرف الإنسان في خالص ملكه ، وتصرفه في المنافع والأعيان المشتركة ، ففي **الباب الأول** : باب تصرف الإنسان في خالص ملكه - لا يعتبر تصرفه المخل بمصلحة مشروعة للغير ضرراً من وجهة الفقه الشافعي إلا إذا كان هذا الإخلال واقعًا على الملك دون المالك ، وعلى وجه التعدى الفاحش (أى : الكبير البين) لا اليسير ، ويحدون هذا الأخير بأن يكون على خلاف العرف والعادة .

وجملة القول بخصوص هذه الوجهة : أن الشافعية يهدفون إلى تضييق دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه - في الحكم - في هذا الباب ؛ ذلك أن التوسع في اعتبار كل ضرر - هنا - يؤدى إلى حرج عظيم ، وينجر إلى بطلان فائدة الملك .

أما الباب الثاني : باب تصرف الإنسان في المنافع والأعيان والمشتركة، فإن الشافعية يعتبرون من الضرر الممنوع منه - هنا- كل تصرف يؤدى إلى تفويت المنفعة الأصلية المقصودة من شيء : تفويت كلها ، أو بعضها، مما يتسبب في وقوع حرج ومشقة لا يمكن الصبر عليها عادة .

ويؤكد من صواب هذا الذى قرره البحث جملة نصوص لعلماء المذهب نذكر - فيما يلى - عدداً منها ، فمن ذلك ما جاء في حاشية أبي الضياء الشبراملسي على نهاية المحتاج من «أن الضرر المنفى (أى : الممنوع منه في الحكم) مالا يصبر عليه مما لا يعتاد ، لا مطلقًا .. ، ويفهم منه : أنه لا اعتبار بما لا يصبر عليه مما اعتيد » . قال الشبراملسي : « والظاهر أنه غير

مـــراد (أى : هذا المفهوم) ، فيضر ؛ لأن عدم الصبر عليه عادة يدل على أن المشقة فيه قوية » [1] .

والحاصل : أنه لا يعتبر – فى المذهب– إلا خصوص من الضرر فيمنع منه فى الحكم ، وهو : مالا يصبر عليه مما اعتيد ، أومما لا يعتاد ؛ ذلك أن عدم الصبر عليه عادة يدل على أن المشقة فيه قوية . أى : أنه ضرر كبير فاحش.

ويعضد ابن حجر الهيتمى من ذلك حيث يقول : « اختلفت أنظار المجتهدين فى تصرف الإنسان فى ملكه بما يضر بجاره : كفتح كوة ، وتعلية بناء مشرف، وغيرهما ، فأباحه الإمام الشافعى إن أضر بالمالك ، ومنعه إن أضر بالملك ، والفرق : أن الأول يحتمل عادة ، ويمكن الاحتراز عنه ، ومنعهما غير الإمام الشافعى – رحمه الله تعالى – أخذاً بعموم حديث « لا ضرر » ، ويؤكد ما ذهب إليه الإمام الشافعى – رضى الله عنه – القاعدة الأصولية : أنه يستنبط من النص معنى يخصصه، ويؤيده – أيضًا – اتفاقهم على جواز صور من الضرر : كوضع آلات البناء بالشارع

---

(١)- حاشية الشبراملسي علي نهاية المحتاج (٤/ ٣٩٢).

ومما يدل على أن الفقه الشافعي لا يعتبر إلا الضرر البين (أي : الشديد الذي لا يصبر عليه)علي وجه العموم ماذكر في الأم ، حيث قال الشافعي : «المضطر الرجل يكون بالموضع لا طعام فيه معه ، ولا شيء يسد فورة جوعه من لبن وما أشبهه ، ويبلغه الجوع ما يخاف منه الموت، أو المرض وإن لم يخف الموت ، أو يضعفه ويضره، أو يعتل ، أو يكون ماشيًا فيضعف عن بلوغ حيث يريد ، أو راكبًا فيضعف عن ركوب دابته ، أو ما في معنى هذا من الضرر البين ، فأي هذا ناله فله أن يأكل من المحرم...» .

فالنص مصرح فيه بأن الضرر المعتبر الذي يباح به المحظور هو ماكان بينًا ظاهراً مما لا يصبر عليه ، ويدخل في معناه مثل ما سبق من الصور، لا أنه الضرر اليسير الذي يمكن احتماله والصبر عليه . انظر: الأم (٢/ ٢٢٥).

زمن العمارة. وكنفض أوعية تراب، وجص عند الأبواب ، فإن هذا لاغنى عنه مع قلته » (١) .

ومفهوم هذا : أن الإمام الشافعي لا يعتبر كل ضرر، وإنما الضرر المعتبر عنده – هنا – هو ما كان كبيراً غير قليل بحيث لا يمكن الاحتراز عنه ، وحد هذا الكبير : أن يقضى العرف وتحكم العادة بأن مثله لا يحتمل.

وعلى هذا فإن ما جاوز العادة من تصرفات الملاك فى ملكهم إن كان يؤدى إلى ضرر الجار اعتبر ضرراً ممنوعا منه فى الحكم . قال الخطيب : « ويتصرف كل من الملاك فى ملكه عادة وإن أدى إلى ضرر جاره ..، فإن جاوز العادة ...، ضمن بما جاوز فيه: كأن دق دقًا عنيفاً أزعج الأبنية »(٢) ، وهذا بخلاف مالو دق دقًا يسيراً على وفق العادة فإنه لا يضمن ما تولد عنه، إذ مثل ذلك ليس يعتبر من الضرر الممنوع منه .

وأشار فى نهاية المحتاج إلى هذا المعنى فقال : « وما تولد من فعله فى ملكه على العادة لا يضمنه (لأنه لا يكون – حينئذ – من الضرر الممنوع منه) : كجرة سقطت ، وقد وضعت بحق ...، فإن خالف العادة : كمتولِّد من نار أو قدها بملكه وقت هبوب الرياح ....، أو جاوز فى إيقادها ذلك، أو سقى أرضه وأسرف ...، ضمنه بخلاف ما إذا لم يجاوز العادة »(٣) .

والنص ظاهر الدلالة على أنه لا يعتبر ما تولد من فعل الإنسان فى ملكه – على العادة – من الضرر – ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم ، ومن ثم

---

(١)- فتح المبين (٢٣٨، ٢٣٩).

(٢)- شرح الخطيب علي متن أبي شجاع مع حاشية البيجرمي (٣/ ١٩٧، ١٩٨).

(٣)- نهاية المحتاج للرملي (٧/ ٣٥٥، ٣٥٦).

فإنه لا يضمنه؛ إذ إن مثل هذا ليس إسرافاً ولا مجاوزة، فلا يكون فاحشاً ، وعليه فإنه يمكن الاحتراز منه بصورة أو بأخرى ، وذلك بخلاف مالو جاوز العادة فإنه يكون فاحشًا، فيمنع منه، بحيث إذا وقع كان مضمونًا .

وبهذا فإنه يتضح أن الفقه الشافعي يحد الضرر الفاحش - الذى يمنع منه فى الحكم - بمدى موافقته للعادة والعرف، أو مخالفته ، فإن وافق العادة لم يكن من الضرر المعتبر الممنوع منه فى الحكم، وإن خالفها بأن جاوزها (أى : زاد عليها) اعتبر من الضرر الممنوع منه . قال فى تحفة الحبيب : «والضابط : أنه يمنع مما خالف العادة - مما يضر - دون ما هو على العادة» [1] .

وقد فصل القول فى ذلك الإمام النووى - رحمه الله تعالى - حيث نص فى الروضة على «أنه يتصرف كل واحد فى ملكه بالمعروف، ولا ضمان فيما يتولد منه بشرط جريانه على العادة واجتناب الإسراف»[2] .

وعلى هذا فلو وضع فى ملكه حجرًا، أو نصب شبكة، أو سكينا، وتعثر به إنسان فهلك ، أو على طرف سطحه فوقع على شخص ، أو على مال ، أو وضع عليه جرة ماء فالقتها الريح ، أو ابتل موضعها فسقطت فلا ضمان ، وكذا لو أوقف دابة فى ملكه فرفست إنسانًا ، أو بالت فأفسدت به ثوبًا ، أوْ غيره مما هو خارج الملك، أو كان يكسر الحطب فى ملكه فأصاب شيء منه عين إنسان فأبطل ضوءها، فلا ضمان ، وكذا لو حفر بئرًا فى ملكه فتندى جدار جاره فانهدم ، أو غار ماء بئره ، أو حفر بالوعة فتغير ماء بئر الجار ، فلا شيء عليه ؛ ووجه ذلك «لأن الملاك لا يستغنون عن مثل هذا» [3] . وهذا بخلاف مالو جاوز العادة فى سعة البئر ، فإن تصرفه -

---

(١)- تحفة الحبيب للبيجرمي علي شرح الخطيب (٣/ ١٩٨).

(٢)- الروضة (٩/ ٣١٩). (٣)- السابق (٩/ ٣١٩).

حينئذ– يكون ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم، ومن ثم فإنه يضمن ما تولد عن مثل هذا التصرف، قال النووى : « وليكن كذلك إذ قرب الحفر من الجدار على خلاف العادة – ويمنع من وضع السرجين فى أصل حائط الجار، ولو أوقد ناراً فى ملكه ، أو على سطحه ، فطار الشرر إلى ملك الغير ، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة فى قدر النار الموقدة . . . ، فيضمن ، ولو سقى أرضه ، فخرج الماء . . . ، فدخل أرض غيره ، فأفسده زرعه ، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة فى قدر الماء » (١) .

فالإمام النووى – رحمه الله – قد بين من خلال هذا التصوير المستفيض أن المذهب لا يعتبر ماتولد من فعل الإنسان فى ملكه – على العادة – من الضرر – ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم، وهذا بخلاف ما تولد عن فعله فى ملكه مما هو خلاف العادة وعلى وجه الإسراف والمجاوزة، فإنه يكون ضرراً معتبراً موجبًا للضمان .

وهكذا يكون مقياس الضرر الفاحش فى المذهب هو العرف والعادة، فما كان جاريًا على العادة لم يعتبر فاحشًا ؛ إذ إن مثله يكون محتملا يسيراً ممكنًا التحرز عنه، وبناء عليه فإنه لا يمنع منه، وإن كان على خلاف العادة (بمعنى : أن يكون فوقها) اعتبر فاحشًا ، ومن ثم فإنه يحكم بمنعه، فإن وقع وجب به الضمان .

ويؤكد من صواب هذا المقياس ما جاء فى الروضة – أيضًا – من أنه لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حمامًا ، أو اصطبلا ، أو طاحونة، أو حانوته فى صف العطارين حانوت حداد ، أو قصار على خلاف العادة ، ففيه وجهان ، (أحدهما) : يمنع للإضرار ، وأصحهما : الجواز ؛ لأنه متصرف

(١)- الروضة (٩/ ٣٢٠).

فى خالص ملكه، وفى منعه إضرار به ، وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده، فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل فى حيطان الجار، فالأصح : المنع، وذلك مثل أن يدق الشيء فى داره دقا عنيفًا ، تتزعزع منه الحيطان ، أو حبس الماء فى ملكه بحيث تنتشر منه النداوة إلى حيطان الجار، ولو اتخذ داره مدبغة، أو حانوته مخبزة حيث لا يعتاد، فإن قلنا : لا يمنع فى الصورة السابقة فهنا أولى ، وإلافنيه تردد للشيخ أبى محمد ، واختار الرويانى فى كل هذا : أن يجتهد الحاكم فيها (١) .

فحيث قلنا بالمنع مما خالف العادة فالمقصود به ما كان فاحشًا بحيث لا يمكن الاحتراز عنه : كاتخاذ الدار المحفوفة بالسكان مدبغة ، على أنه يمكن القول بأن هذا النص يجعل تصور احتمال أن الفقه الشافعى يحد الضرر الفاحش بما يكون سببًا للهدم- أمرًا واردًا ، والذى يفيد ذلك قوله : « فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل فى حيطان الجار، فالأصح : المنع، وذلك مثل أن يدق الشيء فى داره دقًا عنيفًا، تتزعزع منه الحيطان ، أو حبس الماء . . . .إلخ » .

كذلك فإنه يمكن تصور احتمال أن الفقه الشافعى يحد الضرر الفاحش بما يخرج ملك الغير عن الانتفاع بالكلية بمعنى أن يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من مال ، فقد جاء فى الروضة – فى التزاحم على الحقوق – « أن الأكثرين لم يتعرضوا فى الإضرار الممنوع إلا للارتفاع ، والانخفاض، وأما إظلام الموضع، فقال ابن الصباغ، وطائفة: لا يؤثر . .، ولفظ الشافعى – رضى الله عنه – وأكثر الأصحاب : تأثيره ، وقد صرح به منصور التميمى، وفى « التتمة » : إن انقطع الضوء كله أثر ، وإن نقص فلا »(٢) .

---

(١)- الروضة (٥/ ٢٨٥).

(٢)- السابق (٤/ ٢٠٥).

فالتصرف الذى من شأنه انقطاع الضوء بالكلية بحيث يظلم ويعتم يخرج به الموضع عن أن يكون منتفعًا به، ومثل هذا ضررفاحش، فيعتبر ويمنع منه فى الحكم، وهذا بخلاف التصرف الذى ينقص به الضوء فإنه لا يكون مانعًا للحوائج الأصلية بالكلية ؛ إذ هو مانع لبعضها فقط، ومعنى هذا : أنه لا يكون فاحشًا، وبناء عليه فلا يعتبر من الضرر الممنوع منه فى الحكم.

وعلى هذا فإنه يكون قد تحصل للضرر الفاحش - الذى هو من باب : صرف الإنسان فى خالص ملكه - ثلاثة حدود :

الأول : أن يقضى العرف وتحكم العادة بأن مثله كبير لا يحتمل ، ولا يمكن الاحتراز عنه .

الثانى : أن يؤدى إلى هدم البناء ، أو إلى ظهور خلل فيه .

الثالث : أن يخرج عن الانتفاع بالكلية . أى : يمنع الحوائج الأصلية بالكلية : كسد الضوء بالكلية.

وهذا بخلاف ما لو كان التصرف الضار من باب : التصرف فى المنافع والأعيان المشتركه ؛ إذ إن حد الضرر الممنوع منه - هنا - هو : أن يكون مفوتا للمنفعة الأصلية المقصودة من الشىء : مفوتًا لبعضها أو لكلها ، وذلك بحيث يقع الغير فى حرج ومشقة . قال النووى : «وأما الشوارع فمنفعتها الأصلية : الطروق ، ويجوز الوقوف لغرض الاستراحة والمعاملة ونحوها ، بشرط ألا يضيق على المارة ...، وله أن يظلل موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب ، وبارية ، ونحوهما» (١) .

---

(١)- الروضة (٥/ ٢٩٤).

وقال فى موضع آخر بأن الطريق قسمان : نافذ ، وغيره « أما النافذ ، فالناس كلهم يستحقون المرور فيه، وليس لأحد أن يتصرف فيه بما يبطل المرور ...، ويرجع فى معرفة الضرر وعدمه إلى حال الطريق » [١] .

فالنصان يفيدان أن تصرف الإنسان فى المنافع المشتركة – التى يتعلق بها حق عموم الأفراد – مقيّد بعدم الإضرار.

وأن اعتبار الفقه الشافعى للتصرف الذى من هذا الباب ضرراً – ليس يرجع إلى أنه يؤدى إلى ضرر فاحش بالمعنى الذى ذكر آنفًا فى باب تصرف الإنسان فى خالص ملكه بل يكفى لاعتباره ضرراً أن يؤدى إلى قطع المنفعة الأصلية بعضها أو كلها .

ومثل هذا معناه : أن المذهب يوسع دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه – هنا – ؛ وذلك مراعاة لحديث : « لاضرر ولا ضرار » قال فى المهذب : « وإن أخرج جناحًا إلى طريق لم يخل : إما أن يكون نافذاً ، أو غير نافذ ، فإن كان الطريق نافذاً ..، نظرت ، فإن كان الجناح يضر بالمارة (أى : يتعطل المرور بسببه ويشق) لم يجز ، وإذا أخرجه وجب نقضه ؛ لقوله – ﷺ –: « لا ضرر ولا إضرار »[٢] . وهذا بخلاف الباب السابق فإن المذهب يضيق دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه، وذلك مراعاة القاعدة حق الملك .

وبذلك فإننا نلحظ هذا القدر الكبير من التوافق بين الفقهين : الشافعى والحنفى بخصوص هذا الضابط ، و ننتقل بعد ذلك لمطالعة وجهة الفقه الحنبلى بهذا الخصوص.

---

(١)- السابق (٤/ ٢٠٤).

(٢)- المهذب (١/ ٤٤٠).

رابعًا : المذهب الحنبلي :

يفيد النظر والاطلاع أن الفقه الحنبلي يعتمد هذا الضابط لاعتبار إخلال التصرف بالمصلحة ضرراً ، ضابط : أن يكون مقدار هذا الإخلال بالمصلحة كبيراً (أى : فاحشًا) لايسيراً ، وأنه يرجع فى حد هذا الكبير إلى العرف والعادة . قال في كشاف القناع : « ويحرم على الجار إحداثه في ملكه ما يضر بجاره ؛ لخبر « لا ضرر ولا ضرار » احتج به أحمد، ويمنع الجار منه..، إذا أراد فعله كما يمنع من ابتداء إحيائه ما يضر بجاره، وأمثلة إحداث ما يضر بالجار : كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره يضره ، وبناء حمام يتأذى بذلك ، ونصب تنوّر يتأذى جاره باستدامة دخانه، وعمل دكان قصارة، أوْ حدادة يتأذى بكثرة دقه، ويتأذى بهز الحيطان من ذلك ، ونصب رحًا يتأذى بها جاره ، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره، وسقى ، وإشعال نار يتعديان إليه ..، ونحو ذلك من كل ما يؤذيه، ويضمن من أحدث بملكه – ما يضر بجاره – ما تلف به » [1] ، وهذا بخلاف « طبخه..، وخبزه فيه (أى : في ملكه) على العادة » [2] .

فمثل هذا النص يدل بوضوح على أن التصرف الذى يكون ضرراً معتبراً هو ما كان على خلاف العادة، لا ما كان على وفقها ؛ إذ إن ما وافق العادة من الضرر لا يعتبر : كدخان المطبخ ، وتنور خبز البيت الذى يكون ساعة خفيفة ؛ ذلك أنه ضرر يسير تدخله المسامحة، ولا يمكن الاستغناء عنه .

---

(١)- كشاف القناع (٣/ ٤٠٨).

(٢)- السابق .

وفى كتب المذهب نصوص تعبر عن مسائل ووقائع تدل على صواب هذا النظر ، فمن ذلك قول ابن قدامة فى المغنى « وأما دخان الخبز والطبيخ فإن ضرره يسير ، ولا يمكن التحرزمنه (أى : لا يمكن الاستغناء عنه ؛ لأنه مما يلزم فى المعاش) ، وتدخله المسامحة »(١) ، ومن ذلك -أيضًا- قول صاحب الفروع « ومن أحدث فى ملكه ما يضر بجاره : كحمام ، وكنيف، ورحا، وتنور - فله منعه كابتدائه إحياءه بإجماعنا، ذكره القاضى وغيره، بخلاف طبخه فى داره وخبزه ؛ لأنه يسير »(٢) ، ومن ذلك قول البهوتى « وحرم على مالكٍ أن يحدث بملكه ما يضرّ بجاره :كحمام يتأذى جاره بدخانه ، أو يتضرّر حائطه بمائه . . ، وله (أى :الجار) منعُه إن فعل ذلك . . ، بخلاف طبخ وخبز فيه (فى ملكه) فلا يمنع منه لدعاء الحاجة إليه ، وضرره يسير لاسيما بالقرى » (٣) .

وهكذا تتآزر النصوص - نصوص الفقه الحنبلى - على إفادة هذا المعنى : معنى أنه لا يعتبر إخلال التصرف بالمصلحة ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم إلا إذاكان مقدار هذا الإخلال كبيراً - بحكم العادة - لا يسيراً .

وأن حد هذا الإخلال الكبير أن يكون على خلاف العادة . أى : فوقها ، لا وفقها .

كذلك فإنه يلاحظ أن من حد الإخلال الكبير - الذى يمنع منه فى الحكم - أن يؤدى إلى تهدم البناء، أو وهنه ، كما هو ظاهر قوله « وأمثلة إحداث ما يضر بالجار : كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره يضره . .،

---

(١)- المغني (٥/ ٥٢).
(٢)- الفروع (٤/ ٢٨٥).
(٣)- شرح منتهي الإرادات (٢/ ٢٧٠).

وعمل دكان قصارة، أو حدادة يتأذى بكثرة دقه ، ويتأذى بهز الحيطان من ذلك »، وقوله : « وحرم على مالك أن يحدث بملكه ما يضر بجاره : كحمام يتأذى جاره بدخانه، أو يتضرر حائطه بمائه » .

وأيضًا فإنه يحد الإخلال الكبير فى الفقه الحنبلى بهذا الحد، حد أن يفوت منفعة مال للغير (أى : يخرج عن الانتفاع) ، وذلك من غير اشتراط أن تكون المنفعة التى فاتت أصلية ، وأن يكون تفويتها بالكلية ، بخلاف مانص عيه الحنفية وأفادته نصوص المالكية والشافعية من اشتراط تفويت منفعة أصلية بالكلية .

فليس للمالك أن يستطيل بالبناء فى ملكه فيحجب عن جاره الريح والشمس والقمر، إلا أن يأذن له الجار، فإن فعل من غير أن يأذن له ، كان للجار منعه .

قال ابن رجب الحنبلى : « التصرف فى ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره ، فإن كان على غير الوجه المعتاد . .، فإنه متعد بذلك وعليه الضمان، وإن كان على الوجه المعتاد ففيه للعلماء قولان مشهوران، **أحدهما** : لا يمنع من ذلك ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة . .، **والثانى** : المنع ، وهو قول أحمد ، ووافقه مالك فى بعض الصور، فمن صور ذلك : أن يفتح كوة فى بنائه العالى مشرفة على جاره . . .، نص عليه أحمد، ووافقه طائفة من أصحاب الشافعى ، قال الرويانى منهم : يجتهد الحاكم فى ذلك ويمنع إذا ظهر له التعنت . . ، وكذلك القول فى إطالة البناء ومنع الشمس والقمر » (١) .

---

(١)- جامع العلوم والحكم (٣٠١) ، وانظر: الروضة للنووي (٥/ ٢٨٥).

وقال في الفروع : « ومن أحدث في ملكه ما يضر بجاره . . .، فله منعه . .، بخلاف طبخه في داره وخبزه، لأنه يسير ، وعنه : ليس له منعه : كتعلية داره في ظاهر ما ذكره الشيخ (يعني : ابن قدامة) ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره، قاله شيخنا (أى :ابن تيمية)،وقد احتج أحمد بالخبر« لا ضرر ولا ضرار »، فيتوجه منه منعه (أى : منعه من إطالة البناء الذى يسد الفضاء) » (١)

ووجه ذلك مارواه أبو هريرة مرفوعًا ، قال: « من حق الجارعلى الجار أن لا يرفع البنيان على جاره ليسد عليه الريح » (٢) .

ومثل هذا يعد توسعًا فى اعتبار الضرر الممنوع منه فى الحكم، ويزيد من هذا التوسع أن المذهب لا يفرق فى ذلك بين أن يكون الضرر واقعًا على المالك ، أو على الملك كما هو ظاهر قوله : « وحرم على مالك أن يحدث بملكه ما يضر بجاره : كحمام يتأذى جاره بدخانه، أو يتضرر حائطه بمائه »، وهذا بخلاف مانص عليه الشافعية من أنه يمنع الضرر الواقع على الملك لا المالك .

وعلى هذا فإنه يكون المذهب الحنبلى من أكثر المذاهب توسعًا فى اعتبار الضرر الممنوع منه وذلك مراعاةً لحديث « لا ضرر ولا ضرار »كما هو مفاد النص السابق عن الفروع : « وقد احتج أحمد بالخبر « لا ضرر ولا ضرار » ، فيتوجه المنع » .

---

(١)- الفروع (٤/ ٢٨٥) ، وانظر : المبدع (٤/ ٢٩٨).

(٢)- انظر : المصدرين السابقين . قال ابن رجب : وقد خرج الخرائطي وابن عدي بإسناد ضعيف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا حديثًا طويلاً في حق الجار ، وفيه : « ولا يستطيل البناء فيحجب عنه الريح إلا بإذنه » . جامع العلوم (٣٠١) .

تلك هى أهم التفصيلات التى أمكننى أن أقف عليها فى الفقه الحنبلى بخصوص هذا الضابط الثانى من ضوابط الضرر ، والتى حاصلها : أن المذهب الحنبلى يعتمد هذا الضابط ويحده بحدود توسع من دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه فى الحكم ؛ وذلك مراعاةً لحديث : « لا ضرر ولا ضرار » .

خاتمة هذا المبحث :

والذى نخلص إليه من خلال هذا العرض المستفيض لوجهات الفقهاء بخصوص هذا الضابط من ضوابط الضرر، ضابط : أن يكون مقدار إخلال التصرف بالمصلحة كبيراً (فاحشًا)، لا يسيراً ، وذلك بحيث يكون هذا الإخلال بينًا (ظاهراً) ، لا مشكلاً – : أن الفقهاء يعتمدون هذا الضابط على وجه الإجمال .

على أنه يجرى الخلاف فيما بينهم بخصوص بيان حد الكبير الذى يعتبر مثله ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم ، لكن يمكن القول بأن هناك اتجاهين يحكمان هذا التحديد :

أما الاتجاه الأول : فهو اتجاه الشافعية والحنفية قريبون منهم فى ذلك وجملته : التضييق من دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه فى الحكم مراعاةً لقاعدة« حق الملك »، وبناء عليه فإنهم يحدون الضرر الكبير الذى يمنع منه بحدود كثيرة يتصور معها أن تضيق دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه، على أنه قد لوحظ – فى عدد من الوقائع – النزول عن هذه الحدود ؛ وذلك للحكم على إخلال التصرف بالمصلحة بأنه ضرر ممنوع منه ؛ درءاً للمفاسد وقطعًا للمضار .

وأما الاتجاه الثانى : فهو اتجاه الحنابلة والمالكية قريبون منهم فى ذلك، وجملته : توسيع دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه فى الحكم مراعاة لحديث « لا ضرر ولا ضرار » ، وبناء عليه فإنهم يحدون الضرر الكبير الذى يمنع منه فى الحكم بحدود دون ما قال به أصحاب الاتجاه الأول .

والبحث – هنا – يرجح الاتجاه الثانى ؛ لأنه هو الذى فيه الجمع بين مراعاة قاعدة حق الملك ، ومراعاة حديث : « لا ضر ولا ضرار » ، وذلك على النحو الذى سبق أن أشير إليه ، كما أنه هو الأقرب إلى ما قررته النصوص الشرعية من مبادئ وقواعد : كقاعدة : « درء المفاسد أولى من جلب المصالح » .

كذلك فإنه يمكن القول بأن الفقه الإسلامى – على وجه العموم – يعول فى كثير من الأحيان فى بيان حد الكبير الذى يمنع منه على العرف والعادة [١] ، وأن ذلك عامل من عوامل مرونة هذا الفقه وصلاحيته للحكم على الوقائع الحادثة ، والنوازل المستجدة على مر الأعصار ، فللقاضى والحاكم أن يحكما على التصرف المخل بالمصلحة بأنه من الضرر المعتبر لفحشه (أى : لكبره) ، فيمنعان منه، هكذا اجتهاداً منهما بالاستناد إلى معطيات العرف والعادة .

وبناء عليه فإنه تظهر هذه الصلة الوثيقة بين قاعدة العرف وهذا الضابط من ضوابط الضرر ، فكثيراً مايكون العرف هو مستند هذا الضابط الذى يرجع إليه إذ إنه يتحدد بالعرف أن إخلال التصرف بالمصلحة فى هذا

---

(١)- فمثلاً ما يكون ضرراً كبيراً (أي : فاحشًا) في حي معد للسكن ، قد لا يكون كذلك بالنسبة لحي معد لأن يكون منطقة صناعية ... ، وهكذا ، وتقرير ذلك مرجعه إلى العرف والعادة ، وشهادة أهل الخبرة.

الموضع – مثلاً – مقداره كبير، ومن ثم فإنه يكون من الضرر الممنوع منه فى الحكم ، أو أن هذا الإخلال مقداره يسير؛ وعليه فإنه لا يكون من الضرر الممنوع منه .

وبعد فإنه يقال إن مجموع ما قدم من التفصيلات بخصوص اعتبار الضرر الفاحش وبيان حده – كان مختصًا بمجال التصرفات الفعلية فى حق الملكية العقارية ، والعلاقات الجوارية، والأعيان والمنافع المشتركة . فهل يشمل ذلك العلاقات التعاقدية ؟

والحق أنه ليس من الصواب تصور أن ذلك لا يطبق على العلاقات التعاقدية ؛ إذ إن حاصل النظر فى كتب الفقه يفيد أن تطبيق مثل هذا يشمل تلك العلاقات ، ويظهر الأمر بصورة جلية أولاً :مما جاء فى هذه الكتب من مبدأ فسخ العقد للعذر ، فحيث يطرأ العذر الذى يعجز معه العاقد عن المضى فى موجب العقد إلا بضرر فاحش، فإنه يكون مبررًا لعدم الالتزام بالعقد، فيفسخ : كما لو أوجب العذر خللاً فى المعقود عليه ، أو عيبًا تنقص به المنفعة ، أو يتعذر استيفاؤها معه تعذرًا شرعيًا ، أو حسيًا ؛ إذ إن الجبر على الإلزام – حينئذ – يكون خروجًا على مقتضى العدل كما هو الظاهر من إلزام المستأجر ببذل العوض المتفق عليه فى الإجارة مقابل منفعة منقوصة ، أو متعذّر استيفاؤها لهذه الظروف الحادثة ، ومثل هذا لا تقره الشريعة ، ولا تقول به ؛ لما فيه من الضرر البين (أى : الفاحش) فيثبت الفسخ [١] .

وثانيًا: مما جاء فى كتب الفقه المالكى والحنبلى من مبدأ وضع الجوائح ؛ لأن هذا المبدأ يكون بمثابة إتاحة الفرصة لتعديل الالتزام برده إلى الحد

(١)- انظر تفصيل ذلك في مبحث فسخ العقد للعذر من الفصل الرابع من هذا البحث .

المعقول حيث يتعادل العوضان : الثمن والمبيع، أو يتقاربان، فيكون الغنم بالغرم ، ويتوزع الضرر الحادث بسبب الجائحة على العاقدين، فيسهل احتماله، ويرتفع الضرر الفاحش والخسارة الفادحة عن المشترى(١) .

وهكذا فإنه يظهر اعتبار الفقه الإسلامى للضرر الفاحش فى العلاقات التعاقدية فيمنع منه ،وهذا بخلاف الضرر اليسير : كما فى الغرر اليسير الذى تحتمله العقود ، فإنه يعفى عنه (٢) .

إذاً فالتصرفات التى تختص بالمال بوجه عام: المنقول منه والعقار – هى المجال الواسع لهذا الضابط.

كذلك فإنه من مجال هذا الضابط الجناية على البدن بوجه حق : كضرب الزوج زوجه، والمعلم الصبى عند مباشرتهما ولاية التأديب للمرأة، والصبى.

فحيث يكون الضرب يسيراً غير مبرح، وعلى وجه العادة لا الإسراف، فإن ذلك لا يعد ضرراً معتبراً يستوجب الحكم بالمنع.

---

(١)- انظر تفصيل ذلك في مبحث مبدأ وضع الجوائح من الفصل الرابع من هذا المبحث .

(٢)- قد بين النووي – رحمه الله – : أن الغرر الحقير (أي : اليسير) الذي لا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة ، وتدعو الحاجة إليه – معفو عنه، ولا شيء فيه .

انظر : شرح النووي علي مسلم (١٠/ ١٥٧١١١١٥٦.)، وراجع مطلب الغرر من هذا البحث .

وقد أطال شيخ الإسلام ابن تيمية الكلام عن هذا في مجموع فتاويه ، وذلك بما حاصله: إباحة ما اشتمل علي الغرر اليسير مما لا تقوم حياة الناس ومعايشهم إلا به، وفي تحريمه من الضرر عليهم ما يربو علي مايتصور أنه مصلحة لهم : مثل إباحة بيع الحب والثمر في قشره الذي ليس بصوان كالباقلاء، والجوز واللوز في قشره الأخضر، والحب في سنبله ، وإباحة بيع الأعيان الغائبة بالصفة، وتجويز شركة المفاوضة، والوكالة بالمجهول .

راجع : مجموع الفتاوي (٢٩/ ٢٦، وما بعدها).

ومثل هذا الغبن اليسير – الذي لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار – الذي يكون مصاحبًا للتدليس ، فإنه يكون معفواً عنه .

راجع مطلب الغش من الفصل الثاني من هذا البحث .

وهذا بخلاف ما لو كان فاحشًا فوق العادة ، فإنه يعد من الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه ، وبوجوب ضمان ماتولد عنه (١) .

والحاصل : أن الضرر المادى سواء ما تعلق منه بالأموال ، أو الأبدان - بالمعنى السابق - يكون مجالاً لهذا الضابط .

على أنه يوجد - ايضًا - ما يدل على اعتبار الفقه الإسلامى للأضرار المعنوية - من مثل الإشراف على مقر النساء من صحن الدار ، وبئرها ، ومطبخها ، ونحو ذلك - بمثابة الضرر الفاحش الذى يمنع منه فى الحكم .

جاء فى المجلة أن « رؤية المحل الذى هو مقر النساء :كالمطبخ ، وباب البئر ، وصحن الدار يعد ضرراً فاحشًا ، فإذا أحدث أحد فى داره نافذة ، مجدداً بناء وفتح فيه نافذة على المحل الذى هو مقر نساء جاره الملاصق، أو جاره المقابل الذى يفصل بينهما طريق ، وكان يرى مقر نساء الآخر منه، فيؤمر برفع الضرر، ويكون مجبوراً على دفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر » (٢) .

ومعنى مجموع هذا الذى تقدم: أن ذلك الضابط الثانى من ضوابط الضرر لا يسرى على ماتقرر بالشريعة من كلية حفظ الدين، وكلية حفظ النفس من الجناية عليها بغير حق ، وكلية حفظ العرض ؛ ذلك أن أى تصرف يخل بحفظ الدين إخلالاً يسيراً يعتبر من الضرر الممنوع منه فى

---

(١)- انظر في تفصيل ذلك : البحر الرائق (٥/ ٥٣)، ومجمع الضمانات (٥٤) ، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٤٣)، ومواهب الجليل (٤/ ١٥، ١٦) ، وأسنى المطالب (٤/ ١٦٢) ، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (١٠/ ٣٤٩) ، وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٣٠٥).

(٢)- مجلة الأحكام العدلية مادة (١٢٠٢) . وانظر : جامع الفصولين (٢/ ١٩٥) ، وحواشي الرملي عليه ، وانظر : منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين (٧/ ٣٣).

الحكم، ويؤاخذ فاعله بقدره من العقوبة ، ومثل هذا أى تصرف يخل بحفظ النفس – على وجه التعدى – إخلالاً يسيراً ، فإنه يكون من الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه ، وبضمان ماتولد عنه، وكذلك الأمر بشأن العرض ، فأى تصرف يخل بحفظه إخلالاً يسيراً يعد من الضرر المعتبر الذى يمنع منه فى الحكم ، وينزل بمرتكبه من العقاب ما يستحقه من حد أو تعزير .

وهكذا فإنه – بمجموع ما ذكر – يكون أمر هذا الضابط قد اتضح ، ومنْ ثَمَّ فإن البحث ينتقل إلى حيث تفصيل القول بخصوص الضابط الثالث ، وذلك من خلال المبحث الثالث الذي نعرض له في الصفحات التالية .

المبحث الثالث

في بيان الضابط الثالث لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضررا

والضابط الثالث لاعتبار التصرف المخل بالمصلحة (أى : الضرر) ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم هو : أن يكون إخلاله هذا بغير حق (أى : تعديًا ، أو تعسفًا ، أو إهمالاً) ؛ إذ لو ثبت أنه بمقتضى حق لخرج به التصرف عن أن يكون ضرراً معتبراً من الوجهة الشرعية .

قال ابن عبد البر: « والذى يصح فى النظر ويثبت فى الأصول : أنه ليس لأحد أن يضر بأحد سواء أضر به قبل أم لا ، إلا أن له أن ينتصر ويعاقب إن قدر بما أبيح له من السلطان، والاعتداء بالحق الذى له هو : مثل ما اعتدى به عليه ، والانتصار ليس باعتداء، ولا ظلم ، ولا ضرر إذا كان على الوجه الذى أباحته السنة » (١) .

ومفاد هذا – كما هو الظاهر – : أن من اعتدى بالحق الذى له لا يكون اعتداؤه ضرراً ما دام على الوجه الذى أباحته السنة .

ويؤكد من صواب هذا النظر أن قوله – ﷺ – : « لا ضرر ولا ضرار » عام مخصوص ؛ للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر : كالتعازير والحدود ....، فإدخال الضرر على أحد يستحقه : إما لكونه تعدى حدود الله فيعاقب بقدر جريمته ، أو كونه ظلم نفسه وغيره فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل – لا يعتبر ضرراً ممنوعًا منه فى النظر الشرعى ، وبكل حال فالنبى –

---

(١)- التمهيد (٢٠/ ١٦٠).

ﷺ – إنما نفى الضرر والضرار بغير حق، فأما إدخال الضرر على أحد يستحقه ..، فهذا غير مراد قطعاً ، وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق[1] .

وقد فصل القول بهذا الخصوص الفقيه الشافعي ابن حجر الهيتمي حيث قال في شرحه لحديث لا ضرر: «إن ظاهر الحديث تحريم سائر أنواع الضرر إلا لدليل ؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم ....، وفيه حذف ..؛ إذ أصله لا لحوق ولا إلحاق ، أو لا فعل ضرر أو ضرار بأحد في ديننا إلا لموجب خاص بمخصص ...، واستثنى ما ذكر ؛ لأن الحدود والعقوبات ضرر ، وهو مشروع إجماعاً» [2] . وقال في موضع آخر : «وظاهر حديث لاضرر...– امتناع الضرر ولو لمن أضرك، لكن يخص من ذلك الصائل ونحوه ممن يجوز دفعه ولو بقتله، ومن ثم كان حديث : «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» [3] – محمولاً عند أهل العلم على أن معناه: لا تخن من خانك بعد أن انتصرت منه في خيانته لك ؛ إذ من عاقب بمثل ما عوقب به وأخذ حقه ليس بخائن، وإنما الخائن من أخذ ما ليس له أو أكثر مما له ، ومن ثم أجاز الإمام الشافعي – رضي الله عنه – لدائن ظفر بمال مدينه أن يأخذ منه قدر حقه بشروطه، وإن أدى إلى كسر باب ، أو نقب جدار، ولا نظر إلى ما فيه من الضرر ؛ لأن المدين بنحو جحده مهدر لحقه....، والحاصل : أنه ليس لأحد أن يضر بغيره وإن أضر به قبل إلا إن كان على وجه الانتصار منه بمثل ما اعتدى به عليه على الوجه الشرعي فإنه – حينئذ – ليس اعتداء ، ولا ظلما ، ولا ضرراً» [4] .

---

(١)- انظر : فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٣٢٦)، وجامع العلوم والحكم لابن رجب (٢٩٩).

(٢)- فتح المبين (٢٣٧).

(٣)- أخرجه أبو داود في سننه: السن مع بذل المجهود (١٥/ ٢١٦، ٢١٧) كتاب البيوع ، باب : «في الرجل يأخذ حقه من تحت يده(أي : من تحت يد الآخر) » .

(٤)- فتح المبين (٣٩٩).

وهكذا نرى أن بعضًا من التصرفات المخلة بالمصلحة لا تعتبرًا ضررًا من الوجهة الشرعية لأنها تكون بمقتضى حق : كإقامة الحدود على أهلها ، وكذلك التعازير ، فمثل هذا ضرر ما في ذلك من شك على أنه مشروع إجماعًا .

وقريب من هذا مسألة الظفر بالحق ، ومسألة دفع الصائل حتى وإن أدى ذلك إلى قتله، فإنه ليس يعد صنيع صاحب الحق لظفره بحقه، والدافع للصائل صيانة للنفس ، أو للعرض، أو اللمال – ضررًا ممنوعًا منه عند أكثر الفقهاء مع أنه فيه قدر ظاهر من الإخلال بمصلحة الغريم والصائل.

وهنا فإنه يجدر بنا أن نفصل القول في وجهات مذاهب الفقهاء بخصوص مسألة الظفر بالحق، ومسألة دفع الصائل(١) ، وذلك حتى يتأكد أن الوجهة الشرعية بخصوص التصرف المخل بالمصلحة الذى إخلاله على وجه الحق : أنه لا يعتبر ضررًا ممنوعًا منه في الحكم .

---

(١)- ومثل مسألتي الظفر بالحق، ودفع الصائل هذه المسألة- أيضًا -: مسألة المضطر الذى لم يجد إلا طعامًا لم يبذله مالكه مع أنه ليس مضطرًا إلى حبسه، فإن للمضطر إلى هذا الطعام أخذه قهرًا ويعطيه قيمته؛ إذ إن الاضطرار لا يبطل حق الغير، فإن أبى صاحب الطعام فللمضطر قتاله على ما يسد رمقه، أو قدر شبعه- على اختلاف في ذلك – حتى إنه لو قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه.

فهذه المسألة ظاهرة في الدلالة على أنه ليس يعد تصرف المضطر بمثل ما ذكر – على ما فيه من الإخلال بمصلحة صاحب الطعام – ضررًا معتبرًا يمنع منه في الحكم ؛ لأنه ثبت بمقتضى ما تقرر بالشرع للمضطر من حق مقاتلة من يمنعه ما يتبلغ به حد الحياة.

ويؤيد من ذلك نصوص فقهية في مذاهب الأئمة الأربعة .

أولاً : المذهب الحنفي:

قال في البزازية: «خاف الموت جوعًا ومع رفيقه طعام ، أخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته، وكذا لو مع رفيقه ماء، وخاف الموت عطشًا ، أخذ قدر ما يدفع العطش، فإن امتنع قاتل بالسلاح وإن الرفيق يخاف الموت عطشًا ، وجوعًا – أيضًا – ترك له البعض » . الفتاوى البزازية بهامش الهندية(٦/ ٣٦٦) . =

ونعرض في البداية لهذه الوجهات بخصوص مسألة الظفر ثم نثني بمسألة دفع الصائل.

أولاً : وجهات الفقهاء بخصوص مسألة الظفر بالحق

يمكن القول بأنه يوجد بهذا الخصوص وجهتان في الفقه الإسلامي ،

= ثانيًا: المذهب المالكي:

قال في القوانين بشأن المضطر إلى الطعام: «وإن وجد ميتة وطعام الغير أكل طعام الغير إن أمن أن يعد سارقًا، وضمنه ، وقيل : لا يضمن ، وليقتصر منه على شبعه، ولا يتزود منه، ويطلب بشراء، أو عطية من مالكه الذي ليس بمضطر، فإن امتنع ، غصبه، وله قتاله عليه ، وإن أدى إلى قتله». وكذلك مانع الماء ، فصاحب الماء الخاص لا يجبر في المذهب على بذل فائضه إلا أن يكون قوم اشتد بهم العطش فخافوا الموت ، فيجب عليه سقيهم ، فإن منعهم ، فلهم أن يقاتلوه على ذلك . القوانين (١٥١، ٢٩٠) . وانظر: الشرح الصغير ومعه حاشية الدسوقي (١/ ٣٢٤).

ثالثًا :المذهب الشافعي:

قال في المهذب: «وإن اضطر إلى طعام غيره، وصاحبه غير مضطر إليه، وجب عليه بذله..، وإن طلب منه ثمن المثل لزمه أن يشتريه منه..، فإن طلب أكثر من ثمن المثل، أو امتنع من بذله، فله أن يقاتله عليه». وقال في الروضة : «وللمضطر أن يأخذه قهراً، أو يقاتله عليه ، وإن أتى القتال على نفس المالك ، فلا ضمان فيه». المهذب (١/ ٣٣٢) ، والروضة (٣/ ٢٨٥).

رابعًا: المذهب الحنبلي:

جاء في المبدع : أن المضطر إذا لم يجد إلا طعامًا لم يبذله مالكه نظر «فإن كان صاحبه مضطراً إليه فهو أحق به، وإلا لزمه بقيمته، فإن أبى فللمضطر أخذه قهراً، ويعطيه قيمته ، فإن منعه فله قتاله على ما يسد رمقه ، أو قدر شبعه على اختلاف الروايتين ، فإن قتل صاحب الطعام لم يجب ضمانه». المبدع (٩/ ٢٠٧، ٢٠٨).

* كذلك فإنه يشبه هذه المسألة والمسألتين السابقتين : مسألة تأديب الرجل زوجه ، والأب أبناءه الصغار ، والمعلم تلاميذه بالضرب ونحوه، فإنه لا ينظر إلى هذا التأديب - على ما فيه من إيلام للجسم - على أنه ضرر ممنوع منه مادام في حدود مادل الشرع عليه ومن غير إسراف؛ ذلك أن التصرف بالتأديب ثبتت لهؤلاء سلطته بمقتضى ما خوله لهم الشرع من حق، فيكونون قد فعلوا مالهم فعله شرعًا بلا تعد.

انظر : البحر الرائق(٥/ ٥٣) ، ومجمع الضمانات(٥٤) ، وتبصرة الحكام (٢/ ٢٤٣) ، ومواهب الجليل (٤/ ١٥، ١٦) ، وأسنى المطالب (٤/ ١٦٢) ، والمغني (١٠/ ٣٤٩) ، ومنتهى الإرادات (٣/ ٣٠٥) .

الأولى : أنه يجوز لمن له عند غيره حق وهو عاجز عن استيفائه- كأن يكون الغريم منكرًا ، ولا بينة له - أن يأخذ من ماله (أى : مال الغريم) قدر حقه بغير إذنه ، وبهذه الوجهة جزم الشافعى ، والراجح عنده : أن لا يأخذ غير جنس حقه إلا إذا تعذر فيأخذ غيره بقدره ويجتهد فى التقويم ولا يحيف ، وجوزه الحنفية عند وجود جنس الحق (أى : المثلي) دون المتقوم إلا أن يأخذ أحد النقدين بدل الآخر ، وعن مالك ثلاث روايات كهذه الآراء.

والوجهة الثانية : المنع من ذلك، وهى وجهة الحنابلة

وتفصيل القول فى هذا وفق ما يلى :

أ- وجهة المذهب الشافعي :

يرى الشافعية أن تصرف صاحب الحق المخل بمصلحة الغريم (من عليه الحق) لا يعد من الضرر الممنوع منه فى الحكم ما دام ذلك بقصد استيفاء الحق، وكان الغريم جاحداً ، أو مماطلاً . قال ابن حجر الهيتمى : «أجاز الإمام الشافعى - رضى الله عنه - لدائن ظفر بمال مدينه أن يأخذ منه قدر حقه بشروطه، وإن أدى إلى كسر باب، أو نقب جدار، ولا نظر إلى ما فيه من الضرر ؛ لأن المدين بنحو جحده مهدر لحقه....» (١) .

وعلى هذا «لو سرق مال غريمه الجاحد لدينه الحال، أو المماطل، وأخذه بقصد الاستيفاء لم يقطع ؛ لأنه حينئذ مأذون له فى أخذه ، وغير جنس حقه كجنس حقه فى ذلك » (٢) .

.(١)- فتح المبين (٣٩٩).

(٢)- مغنى المحتاج (٤/ ١٦٣) ، وانظر : الروضة (١٠/ ١١٩) ، والمهذب (٢/ ٣٦١).

وقال في« تحفة المحتاج » بعد أن ذكر أن الأظهر في المذهب قطع أحد الزوجين بالآخر بسرقة ماله المحرز عنه لعموم الأدلة، وأن شبهة استحقاقها (أي : الزوجة) النفقه والكسوة في ماله لا أثر لها لأنها مقدرة محدودة -: بأنه لو كان للزوجة عنده شيء منهما (أي : من النفقة والكسوة) حين السرقة فأخذته بقصد الاستيفاء، لم تقطع « كدائن سرق مال مدينه بقصد ذلك (أي : الاستيفاء) سواء جنس دينه وغيره ، إن حل وجحد الغريم ، أو ماطل ؛ لأنه - حينئذ- مأذون له في أخذه شرعًا » [١] .

ووجه ذلك : حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : « جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل مسيك، فهل علي حرج أن أطعم من الذي له عيالنا ؟ فقال: لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف » [٢] .

وحديث عقبة بن عامر . قال : « قلنا للنبي - ﷺ - : إنك تبعثنا فننزل بقوم لا يقروننا. فما ترى فيه ؟ فقال لنا : إن نزلتم بقوم فأمر لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا ، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف » [٣] .

وقد ترجم البخاري - رحمه الله تعالي - للحديثين بهذه الترجمة : « باب : قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه » [٤] ، ثم ذكر قول ابن سيرين .

---

(١)- تحفة المحتاج (٩/ ١٣٠، ١٣١) ، وانظر عليه حاشيتي : الشرواني، وابن قاسم العبادى ، وانظر : حاشية قليوبى على شرح الجلال المحلى (٤/ ١٨٨)، وانظر : أسنى المطالب (٤/ ١٤٠).

(٢)- أخرجه البخارى : البخارى مع الفتح (٥/ ١٢٨، ١٢٩) ، كتاب المظالم ، باب : «قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه».

(٣)- أخرجه البخارى : البخارى مع الفتح (٥/ ١٢٩) ، كتاب المظالم ، باب : «قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه» . وقد أجاب العلماء عن الاستدلال بهذا الحديث بأجوبة كثيرة منها أنه منسوخ .انظر : فتح البارى (٥/ ١٣٠) ، وعمدة القارى (١٠/ ٣٢٦، ٣٢٧).

(٤)- البخارى مع الفتح (٥/ ١٢٨) . أى : هذا باب فى بيان حكم قصاص المظلوم الذى أخذ منه =

قال : قال ابن سيرين : يقاصه ، وقرأ ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾ (١) .

قال ابن حجر : واستدل به (أى : بما سبق) على مسألة الظفر، وبها قال الشافعى (٢) .

وقال الخطابى : وفيه (أى : فى حديث هند) جواز أن يقتضى الرجل حقه من مال عنده لرجل عليه حق يمنعه منه، سواء كان ذلك من جنس حقه، أو من غير جنسه (٣) .

وقال ابن بطال : فهذا (أى : حديث هند) يدل على جواز أخذ صاحب الحق من مال من لم يوفه، أو جحده حقه (٤) .

وبمثل ذلك قال ابن حجر الهيتمى (٥) .

تلك هى محصلة وجهة الشافعية بخصوص مسألة الظفر على أنه ينبغى ذكر هذا المحترز، وهو : أن محل جواز الظفر إنما هو فى الأموال لا

=المال إذا وجد : يعنى إذا ظهر بمال الذى ظلمه، وجواب «إذا» محذوف، تقديره: هل يأخذ بقدر حقه، يعنى : يأخذ ، واكتفى البخارى بذكر أثر ابن سيرين عن ذكر الجواب . عمدة القارى (١٠/ ٣٢٤).

وقال ابن حجر : وقد جنح المصنف (يعنى : البخارى) إلى اختياره (يعنى : إلى اختيار أنه يأخذ)، لهذا أورد أثر ابن سيرين على عادته فى الترجيح بالآثار.

(١)- آية (١٢٦) سورة النحل .

والمعنى : أى قال محمد بن سيرين : إذا وجد مال ظالمه يقاصه بالتشديد ، وأصله يقاصصه : أراد يأخذ مثل ماله، وهذا تعليق وصله عبد الله بن حميد فى تفسيره من طريق خالد الحذاء عنه بلفظ : إن أخذ أحد منك شيئًا فخذ مثله . قوله (وقرأ ...) إشارة إلى أنه احتج فيما ذهب إليه بقوله - تعالى - «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به». يعنى : لا يزيد ، ولا ينقص . عمدة القارى (١٠/ ٣٢٤).

(٢)- فتح البارى (٥/ ١٣٠).

(٣)- عون المعبود شرح سنن أبى داود (٩/ ٤٤٨).

(٤)- عمدة القارى (١٠/ ٣٢٥).

(٥)- فتح المبين (٢٣٩).

في العقوبات البدنية؛ لكثرة الغوائل في ذلك، ومحل الجواز في الأموال – أيضًا– ما إذا أمن الغائلة كنسبته إلى السرقة، ونحو ذلك(١) .

ب- وجهة المذهب الحنفي :

يرى الفقه الحنفي أن تصرف صاحب الحق المخل بمصلحة الغريم : كأن يسرق قدر دينه من جنسه، والدين حال – ليس من الضرر الممنوع منه في الحكم، ومن ثم فلا يقطع صاحب الحق بمثل هذا التصرف . قال في فتح القدير: « ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع ؛ لأنه استيفاء لحقه، والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانًا ؛ لأن التأجيل لتأخير المطالبة. . .، ولا فرق بين كون المديون مماطلا، أو غير مماطل، خلافًا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع وغير المماطل فيقطع، ولو أخذ من غير جنس حقه، فإن كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضًا قطع ؛ لأنه ليس له أخذها ، اللهم إلا أن يقول أخذتها رهنا بديني فلا يقطع ، وعن أبي يوسف: لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن أبي ليلى ؛ قضاء لحقه أو رهنًا به ، قلنا : هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر ، فلا يصير شبهة دارئة إلا إن ادعى ذلك، وإن كان دراهم فأخذ دنانير، أو على القلب ، اختلف فيه ، قيل : يقطع ، وقيل : لا يقطع ، للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ، ويقطع لو سرق حليًا من فضة ودينه دراهم»(٢) .

---

(١)- انظر : فتح الباري (٥/ ١٣٠).

(٢)- فتح القدير (٥/ ٣٧٧) ، وانظر : تبيين الحقائق (٣/ ٢١٨) ، والبحر الرائق (٥/ ٦٠)، وبدائع الصنائع (٧/ ٧١) . قال الكاساني : «ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه» .
وانظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١/ ٦١٨).

والحاصل : أن الحنفية يجوزون لصاحب الحق الظفر بحقه عند وجود جنس الحق (أى : المثلى) دون المتقوم ، إلا أن يأخذ أحد النقدين بدل الآخر ، ولا يعدون صنيعه هذا ضرراً بالغريم ، وبناء عليه فإنهم لا يمنعون من ذلك ، ولا يقطعون به صاحب الحق.

على أننا نجد ابن عابدين فى حاشيته على الدر قد بين أنه يجوز فى المذهب – عند الضرورة– لصاحب الحق أن يستوفى حقه من الغريم ولو من غير جنسه. قال ابن عابدين: « وهذا ما قالوا إنه لا مستند له، لكن رأيت فى « شرح نظم الكنز للمقدسي » من كتاب الحجر، قال : ونقل جد والدى لأمه: الجمال الأشقر فى شرحه للقدوري: أن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم (أى : فى زمان متقدمى الحنفية كالإمام، وأصحابه) لمطاوعتهم فى الحقوق، والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان لاسيما فى ديارنا لمداومتهم العقوق :

عفاء على هذا الزمان فإنه زمان عقوق لا زمان حقوق

وكل رفيق فيه غير مرافق وكل صديق فيه غير صدوق »[1] .

ونقل ابن عابدين – أيضا– عن القهستانى فى التعليق على عبارة صاحب الدر : « وأطلق الشافعى أخذ خلاف الجنس »– : أن فيه «إيماء إلى أن له (أى : لصاحب الحق) أن يأخذ من خلاف جنسه عند المجانسة فى المالية، وهذا أوسع فيجوز الأخذ به، وإن لم يكن مذهبنا ، فإن الإنسان يعذر فى العمل به عند الضرورة كما فى الزاهدي » [2] .

---

(١)- حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٩٥).

(٢)- حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤/ ٩٥) .

وهكذا يظهر أن من له الحق إذا ظفر بجنس حقه أو بخلافه – فى زمننا هذا – يباح له أخذه من الغريم ولو بأن يسرقه ، وليس يعد ذلك من الضرر بالغريم – الذى يمنع منه فى الحكم – فى المذهب الحنفى .

جـ-وجهة المذهب المالكى :

اختلفت الرواية عن مالك بهذا الخصوص . قال ابن عبد البر: « وقد اختلفت الفقهاء فى الذى يجحد حقًا عليه لأحد ويمنعه منه ثم يظفر المجحود بمال الجاحد قد ائتمنه عليه ونحو ذلك ، فقال منهم قائلون : ليس له أن يأخذ حقه من ذلك ولا يجحده إياه، واحتجوا بظاهر قوله: « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك »، وقال آخرون : له أن ينتصف منه ويأخذ حقه من تحت يده، واحتجوا بحديث عائشة فى قصة هند مع أبى سفيان، واختلف قول مالك فى هذه المسألة على الوجهين المذكورين :

فروى الرواية الأولى عنه (أى : رواية المنع من ذلك) ابن القاسم .

وروى الأخرى عنه (أى : رواية الجواز) زياد بن عبد الرحمن وغيره »[1] .

ويشعر كلام ابن عبد البر فى « الكافي » بأن أكثر فقهاء المذهب على الرواية الثانية .

---

(١)- التمهيد (٢٠/ ١٥٩، ١٦٠) ، وقد أطال الخطابى الرد على من رأى أن حديث هند معارض بحديث «أد الأمانة...»، وذلك بما حاصله : أنه ليس بينهما فى الحقيقة خلاف ؛ ذلك أن الخائن هو الذى يأخذ ما ليس له أخذه ظلمًا، أو عدوانًا ، أما من كان مأذونًا له فى أخذ حقه من مال خصمه واستدراك ظلامته منه فليس بخائن ، ومعناه : لا تخن من خانك بأن تقابله بخيانة مثل خيانته، وهذا لم يخنه لأنه مقتض حقًا لنفسه، والأول كان مقتضيًا حقًا لغيره. انظر : بذل المجهود (١٥/ ٢١٦). وبمثل ذلك قال ابن عبد البر فى التمهيد (٢٠/ ١٥٩).

قال ابن عبد البر: «وقد روى ابن القاسم القطع على رجل سرق من مال غريمه مثل دينه وخالفه أكثر الفقهاء من أصحاب مالك..؛ لتجويزهم لذى الحق أخذ مال من غريمه كيفما أمكنه، وقد روى ذلك زياد ، وابن وهب» [1] .

ويقوى من ذلك ما جاء في المدونة، ففيها : «قلت : أرأيت لو أنى استودعت رجلا متاعًا فجحدنى فسرقت ذلك المتاع وكانت لى بينة أنى كنت استودعته هذا المتاع نفسه؟

قال : لم أسمع من مالك فيه شيئا ، وأرى ألا يقام عليه الحد هاهنا»[2] . فهذا النص مفاده : أن لصاحب الحق جواز التصرف بما من شأنه استيفاء حقه من جاحده الذى ينكره ولو بأن يسرقه، وليس يعد مثل هذا ضررًا بجاحد الحق ومنكره، ومن ثم فلا يمنع منه صاحب الحق ، ولا يقطع به .

وبهذا يتقرر أن المذهب: أنه لا قطع على من أخذ حقه – ولو من غير جنس شيئه – من جاحد، أو مماطل لحقه، كان الجحد لوديعة أو غيرها. قال شراح خليل : وهو مقتضى الفقه ، وإن كان النص فى الوديعة[3] .

إذًا فالفقه المالكى ترجح فيه كفة جواز الظفر بالحق– ولو من غير جنس شيئه – على كفة المنع، ويقرر أن ضرر ذلك بالغريم ليس يعتبر، فلا يلتفت إليه ، ولا يحكم بمنعه.

---

(١)– الكافى : القسم الثانى (٥٨٠) ، وانظر : التاج والإكليل للمواق بهامش الحطاب(٦/ ٣٠٨).

(٢)– المدونة (٤/ ٤٢٨).

(٣)– انظر : الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى (٤/ ٣٣٧) ، وشرح الزرقانى (٨/ ٩٨)، والخرشى ومعه حاشية العدوى (٨/ ٩٦، ٩٧). قال العدوى : وقيد بعض الشيوخ عدم القطع بكونه من جنس حقه ، قال ولو سرق من غير جنسه قطع.

د- وجهة المذهب الحنبلي:

أما وجهة المذهب الحنبلى بهذا الخصوص فقد عبر عنها ابن قدامة بقوله: «ومن كان له على إنسان حق، ولم يمكنه أخذه بالحاكم، وقدر له على مال: لم يجز له أن يأخذ قدر حقه. نص عليه»(١).

قال المرداوي: واختاره عامة شيوخنا، وهو المذهب، نقله الجماعة عن الإمام أحمد - رحمه الله - ...، وذهب بعضهم من المحدثين إلى جواز ذلك، وحكاه ابن عقيل عن المحدثين من الأصحاب، وهو رواية عن الإمام أحمد(٢).

وخرج الجواز أبو الخطاب - وتبعه جماعة من الأصحاب - من قول الإمام أحمد- رحمه الله تعالى - في المرتهن: يركب ويحلب بقدر نفقته، والمرأة تأخذ مؤنتها، والبائع للسلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضاه، وخرجه في «المحرر» من تنفيذ الوصى الوصية مما فى يده إذا كتم الورثة بعض التركة. قال الزركشي: وهو أظهر فى التخريج(٣).

فعلى هذا: إن قدر على جنس حقه: أخذ بقدره، وإلا قوم وأخذ بقدره متحريًا للعدل فى ذلك؛ لحديث رسول الله - ﷺ - لهند زوج أبى سفيان: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»؛ ولقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «والرهن مركوب ومحلوب»(٤).

---

(١)- المقنع لابن قدامة مع الإنصاف (١١/٣٠٨)، وانظر: الشرح الكبير بهامش المغنى (١١/٤٦٣)، والمبدع (١٠/٧).

(٢)- انظر: الإنصاف (١١/٣٠٨).

(٣)- السابق، وانظر: الشرح الكبير (١١/٤٦٣).

(٤)- نص الحديث فى البخارى: «الرهن يركب بنفقته، ويشرب لبن الدر إذا كان مرهونًا». البخارى مع الفتح (٥/١٧٠)، كتاب الرهن، باب: «الرهن مركوب ومحلوب».

علي أن المرداوي قد نقل أنه لا يصح التخريج ؛ لأن أحمد – رحمه الله – نص علي التفريق بينهما، وأشار إلي الفرق بأن المرأة تأخذ من بيت زوجها . يعني: أن لها يداً وسلطاناً علي ذلك، وسبب النفقة ثابت، وهو الزوجية، فلا تنسب بالأخذ إلى خيانة (١) .

وقال في «المبدع»: «والأول أولى (أي: المنع من ذلك) ؛ لأن حديث هند قد أشار أحمد إلي الفرق، وهو: أن حق الزوجية واجب في كل وقت ، والمحاكمة في كل لحظة تشق بخلاف من له الدين.

وفرق أبو بكر ، وهو : أن قيام الزوجية كقيام البينة؛ لأن المرأة لها من البسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في أخذ الحق، وبذل اليد فيه بخلاف الأجنبي» (٢) .

وقد استدل الحنابلة علي قوة المنع من ذلك بحديث «أد الأمانة.....» وحديث : «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»(٣) .

وليس يسلم للحنابلة بهذا الذي استدلوا به علي المنع وقد سبق جواب الخطابي عن الاستدلال بالحديث الأول، حديث «أد الأمانة» حيث إنه أظهر أنه لا متعلق للمانعين به، وذلك لانفكاك الجهة، فمسألة الظفر موضوعها استيفاء الحق، وموضوع الحديث : النهي عن الخيانة التي هي أخذ مال الغير ظلما وعدواناً، وعلي هذا فإن من أخذ حقه من مال خصمه واستدرك ظلامته منه لا يكون فعله ذلك خيانة؛ إذ صنيع كذلك لا يعد من الظلم والعدوان.

---

(١)- الإنصاف (١١/٣٠٩).　　(٢)- المبدع (١٠/٩٨)

(٣)- انظر : الشرح الكبير (١١/ ٤٦٤)، والمبدع (١٠/ ٩٧، ٩٨) . وقد سبق تخريج الحديثين.

أما الحديث الثانى ، حديث « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس »فإن ظاهر لفظه قد تضمن الجواب عنه حيث إن النبى - ﷺ - أضاف المال المحترم الذى تكون له حرمة إضافة تمليك إلى صاحبه، ومعنى هذا : أن المال المحترم الذى تثبت له حماية الشرع من أى اعتداء هو ما كان مملوكًا لصاحبه ملكًا تامًا لا شبهة للغير فيه، وليس الأمر كذلك بالنسبة لمال الجاحد لحق الغير، والغريم المماطل ونحوهما؛ إذ شبهة مال الغير فى مالهما حاصلة ، وبناء عليه فإنه لا يكون مالهما محل احترام للشرع وحمايته، فلا يندرج تحت الحديث بحال .

وهكذا يبين أنه لا متعلق للحنابلة بهذا الحديث - أيضا- فيما ذهبوا إليه من المنع .

وتأسيسًا عليه يقال : إن وجهة الحنابلة التى حاصلها أن استيفاء صاحب الحق لحقه ممن هو عليه بغير إذنه حرام ، وأن ذلك من الضرر الممنوع منه فى الحكم - ليس يظهر للبحث صوابها ، بل الصواب الذى يتفق مع مقررات الشريعة - التى منها : الانتصار بالعدل، والمعاقبة بالمثل - هو ما عليه الجمهور (الشافعية، والحنفية، وأكثر فقهاء المالكية)من أن تصرف صاحب الحق المخل بمصلحة الغريم المماطل، أو الجاحد المنكر- لا يعد من الضرر الممنوع منه فى الحكم ما دام بقصد استيفاء الحق.

وجملة هذا أنه يثبت ما سبق أن قرره البحث من أن بعضًا من التصرفات المخلة بالمصلحة لا ينظر الشرع إليها على أنها ضرر ممنوع منه فى الحكم ؛ ذلك أنها تكون بمقتضى حق : كمسألة الظفر هذه، وكمسألة دفع الصائل التى نعرض لها فيما يلى :

ثانياً : مسألة دفع الصائل أى (المعتدي) ووجهات الفقهاء بخصوصها

تقرر فى الفقه الإسلامى من مجموع النظر فى نصوص عديدة (١) : أنه إذا اعتدى إنسان على غيره فى نفس ، أو مال ، أو عرض، أو صال عليه يريد ماله، أونفسه ظلماً ، أو يريد امرأة ليزنى بها ، أوصالت عليه بهيمة، فللمعتدى عليه (أى : المصول عليه) ولغيره : أن يرد العدوان ، وللغير أن يعاونه فى الدفاع، ويبتدئ المدافع بالأخف فالأخف : فإن أمكن دفع المعتدى بكلام واستغاثة بالناس لم يجز الضرب، وإن أمكن الدفع بضرب اليد، لم يجز استخدام العصا أو السوط ، وإن أمكن الدفع بإتلاف عضو، لم يجز القتل ، فإن لم يمكن الدفع إلا بالقتل أبيح للمدافع القتل؛ لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفاً أبيح للمدافع أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ، إذ لو استغاث بالناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث ؛ لفورية تأثير السلاح .

---

(١)- فمن نصوص القرآن قول الله - تعالى - :﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ . آية (١٩٤) سورة البقرة ، وقوله - تعالى - : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنتَصِرُونَ ﴾ آية (٣٩) سورة الشوري.

ومن نصوص السنة : قوله - ﷺ - : « من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد » .

أخرجه النسائى فى سننه، السنن مع شرح السيوطى وحاشية السندى (٧/ ١١٦) كتاب تحريم الدم ، باب : «من قاتل دون أهله»، وباب : «من قاتل دون دينه».

والحديث دليل على جواز الدفاع عن الدين والنفس والمال والعرض؛ لأن النبى - ﷺ - لما جعل المدافع شهيدًا دل على أن له القتل ، والقتال . انظر : مغنى المحتاج (٤/ ١٩٤).

وروى مسلم من حديث أبى هريرة، قال جاء رجل إلى رسول الله - ﷺ - فقال يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال : «فلا تعطه مالك ». قال: أرأيت إن قاتلنى ؟. قال : «قاتله» . قال : أرأيت إن قتلنى ؟ . قال : «فأنت شهيد» . قال: أرأيت إن قتلته ؟ . قال «هو فى النار» .

مسلم مع شرح النووى (٢ / ١٦٣) كتاب الإيمان ، باب : «الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم فى حقه ، وإن قتل كان فى النار ، وأن من قتل دون ماله =

وأنه ليس يعد تصرف المصول عليه بمثل ذلك – على ما فيه من الإخلال بمصلحة الصائل وتعريضه لخطر القتل – ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم، لأنه جاء بمقتضى ما أثبته له الشرع من حق دفع الصائل الذى حاله تلك .

ووجهات المذاهب الأربعة بخصوص ذلك على هذا النحو :

أ- وجهة الفقه الحنفي:

تفيد مطالعة كتب الحنفية أنه لو صال رجل على آخر وشهر عليه عصًا نظر فإن كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح له القتل ؛ لأنه من ضرورات الدفع، وهذا بخلاف مالو شهر عليه سيفًا ، فإنه يباح له أن

= فهو شهيد» . قال النووى : ففيه جواز قتل القاصد لأخذ المال بغير حق سواء كان المال قليلاً أو كثيراً لعموم الحديث ، وهذا قول الجماهير من العلماء.

وروى البخارى من حديث عبد الله بن عمرو – رضى الله عنهما – قال : سمعت رسول الله – ﷺ – يقول : « من قتل دون ماله فهو شهيد» . البخارى مع الفتح (٥/ ١٤٧) ، كتاب المظالم ، باب : «من قاتل دون ماله ». وروى النسائى من حديث ابن الزبير عن رسول الله – ﷺ – قال : «من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر» . السنن مع شرح السيوطى (٧/ ١١٧) ، كتاب تحريم الدم ، باب: «من شهر سيفه ثم وضعه فى الناس».

وانظر فى المزيد من هذه الأحاديث : التلخيص الحبير لابن حجر (٤/ ٩٤، وما بعدها): كتاب الصيال ، ونصب الراية للزيلعى (٤ / ٣٤٧، و وما بعدها) ، وإرواء الغليل للألبانى (٨/ ٩٥، وما بعدها) : فصل فى دفع الأذي.

وأما جواز الدفاع عن الغير فمستنده : ما أخرجه البخارى من حديث أنس بن مالك قال : قال النبى – ﷺ –: «انصر أخاك ظالمًا، أو مظلومًا ، قالوا : يا رسول الله، هذا ننصره مظلومًا ، فكيف ننصره ظالمًا؟ قال : نأخذ فوق يديه» .

البخارى مع الفتح (٥/ ١١٨، ١١٩)، كتاب المظالم ، باب : «أعن أخاك ظالما أو مظلومًا ».

وروى أحمد فى مسنده عن سهل بن حنيف: «من أذل عنده مؤمن فلم ينصره وهو يقدر على أن ينصره أذله الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة ». المسند (٣/ ٤٨٧) مسند سهل بن حنيف.

يقتله، ووجه ذلك كما نص عليه فى البدائع: «لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل، ألا ترى أنه لو استغاث الناس لقتله قبل أن يلحقه الغوث؛ إذ السلاح لا يلبث ، فكان القتل من ضرورات الدفع، فيباح قتله»(١) ، فإذا قتله فقد قتل شخصًا مباح الدم ، ويعضد من ذلك هذه النصوص:

قال فى الهداية: ومن شهر على المسلمين سيفًا فعليهم أن يقتلوه ؛ لقوله – عليه الصلاة، والسلام – : «ومن شهر على المسلمين سيفًا فقد أبطل دمه»(٢) ؛ ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه؛ ولأنه تعين طريقًا لدفع القتل عن نفسه فله قتله، وقوله : فعليهم ، وقول محمد فى «الجامع الصغير» : فحق على المسلمين أن يقتلوه – إشارة إلى الوجوب ، والمعنى : وجوب دفع الضرر، وفى سرقة «الجامع الصغير» : ومن شهر على رجل سلاحًا ليلا ، أو نهارًا ، أو شهر عليه عصًا ليلاً فى مصر ، أو نهاراً فى طريق غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً ، فلا شيء عليه لما بينا ؛ وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل ، والعصا الصغيرة وإن كانت تلبث، ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل ، وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث ، فإذا قتله كان دمه هدراً (٣) .

وجاء فى الدر المختار أنه «يجب قتل من شهر سيفًا على المسلمين ...، كما نص عليه ابن الكمال فقال : ويجب دفع من شهر سيفًا على

---

(١)- بدائع الصنائع (٧/ ٩٣).

(٢)- قال الزيلعى فى نصب الراية : «غريب بهذا اللفظ» وأخرج النسائى نحوه من حديث ابن الزبير ولفظه: « من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر»، وقد تقدم ، وأخرجه الحاكم أيضًا . قال فى بغية الألمعي: « وفى المستدرك فى أواخر كتاب قتال أهل البغى » جـ٢/ ١٥٩. انظر : نصب الراية مع حاشية «بغية الألمعي» (٤/ ٣٤٧).

(٣)- الهداية مع تكملة فتح القدير (١٠/ ٢٣٢). وانظر : الجامع الصغير (٥١٣).

المسلمين ولو بقتله إن لم يمكن دفع ضرره إلا به صرح به فى « الكفاية » . . . ؛ لأنه من باب : دفع الصائل ، صرح به الشمنى وغيره . . ، ولا شيء بقتله »(١) .

وكذلك الأمر فيما لو دخل رجل على آخر ليلا يسرق متاعه ، فأخرج السرقة من البيت، واتبعه رب البيت فقتله، فلا شيء عليه ؛ لحديث النبى - ﷺ - : « قاتل دون مالك » (٢) ، وكذا لو قتله قبل الأخذ إذا قصد أخذ ماله ولم يتمكن من دفعه إلا بالقتل (٣) .

والحاصل : أن المذهب الحنفى لا يعد تصرف المصول عليه بمثل ما ذكر - والذى من شأنه الإخلال بمصلحة الصائل - ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم ؛ لأنه بمقتضى ما أثبته له الشرع من حق الدفاع، بل إنه يقرر وجوب الدفع للصائل؛ وذلك إزالة لضرر المصول عليه .

---

(١)- الدر المختار مع حاشية رد المحتار (٦/ ٥٤٦).

(٢)- جاء فى نصب الراية (٤/ ٣٤٨) أن قوله - عليه الصلاة والسلام - : «قاتل دون مالك » روى من حديث أبى هريرة ، ومن حديث المخارق أبى قابوس .

فأما حديث أبى هريرة فقد رواه البخارى في« تاريخه الوسط- فى باب القاف- فى ترجمة قهيد بن مطرف الغفاري».

وأما حديث المخارق فرواه إسحاق بن راهويه فى مسنده.

قال الزيلعى : وأخرج مسلم فى كتاب الإيمان عن أبى هريرة .....، والبخارى عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله - ﷺ- قال : « من قتل دون ماله فهو شهيد ». وقد سبق ذكر تخريج ذلك .

(٣)- انظر : الدر المختار (٦/ ٥٤٦) ، والهداية مع تكملة فتح القدير (١٠/ ٢٣٣) ، والبحر الرائق (٨/ ٣٤٤) ، وتبيين الحقائق (٦/ ١١٠) . وهذا بخلاف مالو شهر مجنون أو صبى على غيره سلاحًا فقتله المشهور عليه عمداً ، فعليه الدية فى ماله ، وكذا لو صالت عليه دابة فقتلها ، فيجب عليه ضمانها ؛ وهذا لأنه قتل شخصا معصومًا، أو أتلف مالاً معصومًا حقًا للمالك، وفعل الدابة لا يصلح مسقطًا ، وكذا فعلهما، وإن كانت عصمتهما حقهما ؛ لعدم اختيار صحيح ؛ ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما، بخلاف العاقل البالغ؛ لأن له اختياراً صحيحًا ، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح ، وهو : دفع الشر ، فتجب الدية .

ب-وجهة الفقه المالكي:

يرى المالكية أن الصائل - سواء كان مكلفًا، أو لا - إذا صال على نفس، أو مال، أو حريم: يشرع دفعه عن ذلك بعد الإنذار إن كان يفهم بأن يناشده الله، بأن يقول: ناشدتك الله إلا ماخليت سبيلي ثلاث مرات، وأما إن كان لا يفهم كالبهيمة فإنه يعاجله بالدفع من غير إنذار، ويدفعه بالأخف فالأخف، فإن أدى إلى قَتْله قَتَلَه، ويقبل قوله في ذلك مع يمينه إذا كان لا يحضره الناس.

والظاهر في المذهب: أن الإنذار مستحب، وعلى هذا فإنه يجوز للمصول عليه قتل الصائل ابتداء إذا علم أنه لا يندفع إلا به، ولا ضمان عليه، فإن كان المصول عليه يقدر على الهروب من غير مضرة تحصل له لم يجز قتله ولا جرحه.

وجواز دفع الصائل المنصوص عليه في المذهب المراد به «الإذن الصادق بكون دفعه واجبًا، والذي ينبغي: أنه إذا خاف هلاكًا، أو شديد أذى بجرح نفسه، أو لأحد من أهله وجب الدفع، وإلا جاز»[1]. أما إذا خاف هلاك مال له بال أو أخذه، فهل يجب الدفع أو لا؟.

فالمذهب: أنه إذا خاف بتلفه هلاك نفسه، أو أهله، أو شدة أذى، وجب، وإلا فلا.

وهذا الذي ذكرت من وجهة المذهب تؤيده نصوص كثيرة تتناقلها كتب الفقه المالكي، وتعبر عنه المتون المعتمدة قال خليل: «وجاز دفع صائل بعد الإنذار للفاهم، وإن عن مال، وقصد قتله إن علم أنه لا يندفع إلا به، لا جرْحٌ إن قدر على الهرب بلا مضرة»[2].

---

(١)- حاشية العدوي على الخرشي (٨/ ١١٢). (٢)- مختصر خليل مع شرح الخرشي (٨/ ١١٢).

قال الدسوقى شارحًا ذلك: أى وجاز دفع صائل سواء كان مكلفًا، أو صبيًا ، أو مجنونًا ، أو بهيمة ...؛ لأن دفع الصائل واجب كما فى «بهرام»، و«التوضيح»، ونصه: قد يقال ينبغى أن يكون الدفع - هنا- واجبًا ؛ لأنه يتوصل به إلى نجاة (أى : إلى إحياء نفس)، لاسيما إن كان الصائل غير آدمي، وذكر القرطبى وابن الفرس فى الوجوب قولين ، قالا : والقول بالوجوب أصح ، وابن العربى صرح بأن الدفع جائز لا واجب ، فإن شاء أسلم نفسه، وإن شاء دفع عنها ، ونقله ابن شاس ، والقرافى قائلاً : الساكت عن الدفع عن نفسه حتى يقتل لا يعد آثمًا، ولا قاتلاً لنفسه[١] . والقول بالوجوب أظهر القولين، والخلاف المذكور فى دفع الصائل على النفس أو على الحريم .

وأما على المال فإن ترتب على أخذه هلاك، أو شدة أذى كان كدفع الصائل على النفس فيه الخلاف، وإلا لم يجب اتفاقًا.

والحاصل: أن الصائل إذا كان ممن يفهم فإنه يناشده أولاً ، ثم بعد المناشدة يدفعه شيئًا فشيئًا ، أى : يدفعه بالأخف فالأخف، فإن أبى إلا الصول قتله ؛ وأما إن كان لا يفهم كالبهيمة ، فإنه يعالجه بالدفع من غير إنذار ، ويدفعه بالأخف فالأخف، فإن أبى إلا الصول قتله، وكان هدراً[٢]

وهكذا يبين أن الفقه المالكى لايعتبر من الضرر الممنوع منه فى الحكم تصرف المصول عليه المخل بمصلحة الصائل ، حتى وإن كان هذا التصرف مؤديًا إلى قتله ، مادام لا يندفع إلا به ؛ ذلك أن الشرع أثبت

---

(١)- الفروق للقرافى (٤/ ١٨٣).

(٢)- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٧)، وانظر : شرح الخرشى (٨/ ١١٢)، والشرح الكبير (٤/ ٣٥٧)، وشرح الحطاب (٦/ ٣٢٣)، وشرح المواق بهامش الحطاب (٦/ ٣٢٣) ، وشرح الزرقانى وحاشية البنانى بهامشه (٨/ ١١٨).

للمصول عليه حق الدفاع ، فكان تصرفه بمقتضى ما ثبت له من الحق ، وحينئذ فإنه لا ينظر إليه على أنه من الضرر المعتبر الذى يمنع مثله.

جـ- وجهة الفقه الشافعي:

يقرر الشافعية أن للمصول عليه حق دفع الصائل :كل صائل- مسلمًا كان أو كافرًا ، عاقلاً أو مجنونًا، بالغًا أو صغيرًا، قريبًا أو أجنبيًا ، آدميًا أو غيره - على معصوم من نفس ، أو طرف ، أو منفعة، أو بضع، أو مال، وفى معنى البضع : من قصد الاستمتاع بأهله فيما دون الفرج: كالقبلة ، وألحق الرويانى الأخت والبنت بالزوجة، وأن لغير المصول عليه حق الدفع، وتفصيل ذلك كما يلي:

قال النووى : وأما المصول عليه فيجوز الدفع عن النفس والطرف ومنفعته ، والبضع ومقدماته ، وعن المال وإن قل، إذا كانت المذكورات معصومة.

ويجوز لغير المصول عليه الدفع ، وله دفع مسلم صال على ذمى ، وأب صال على ابنه ، وسيد صال على عبده؛ لأنهم معصومون مظلومون ، وحكى الإمام قولاً قديمًا : أنه لا يجوز الدفع عن المال إذا لم يحصل الدفع إلا بقتل ، وقطع طرف، والمشهور الأول ، وبه قطع جماهير الأصحاب.. ، فله الدفع فى كل هذه الصور.

وإن أتى الدفع على الصائل ، فلا ضمان فيه .

ولو وجده ينال من جاريته مادون الفرج فله دفعه ، وإن أتى على نفسه.

وللأجنبى دفعه كذلك حسبة ، ويجوز أن يكون المدفوع عنه ملك

القاصد، فمن رأى إنسانًا يتلف مال نفسه : بأن يحرق كدسه، ويغرق متاعه، جاز له دفعه، وإن كان حيوانًا بأن رآه يشدخ رأس حماره، وجب على الأجنبى دفعه على الأصح، وبه قطع البغوى ؛ لحرمة الحيوان(١) .

أما كيفية الدفع فيجب على المصول عليه رعاية التدريج والدفع بالأهون فالأهون «فإن أمكنه الدفع بالكلام، أو الصياح، أو الاستغاثة بالناس، لم يكن له الضرب.

وكذا لو اندفع شره بأن وقع فى ماء أو نار، أو انكسرت رجله لم يضربه .

وكذا لو حال بينهما جدار، أو خندق، أو نهر عظيم، فإن حال نهر صغير وغلب على ظنه أنه إن عبر النهر عليه أضرَّ به . قال ابن الصباغ : فله رميه، ومنعه العبور .

أما إذا لم يندفع الصائل إلا بالضرب، فله الضرب، ويراعى فيه الترتيب، فإن أمكن باليد، لم يضربه بسوط، وإن أمكن بسوط لم يجز بعصًا، ولو أمكن بقطع عضو لم يجز إهلاكه، وإذا أمكن بدرجة، فدفعه بما فوقها ضمن» (٢) .

ومثل هذا يظهر به أنه لا يكون من الضرر المعتبر تصرف المصول عليه بما ذكر على مافيه من الإخلال بمصلحة الصائل؛ ذلك أنه ثبت بمقتضى ما تقرر بالشرع من حق الدفع، ومن ثم فلا يمنع تصرف كهذا بل إنه ليجب فى كثير من الأحوال نص عليها فى المذهب .

---

(١)- الروضة (١٠/ ١٨٦، ١٨٧)، وانظر : المهذب (٢/ ٢٨٨)، ومغنى المحتاج (٤/ ١٩٤)، وشرح الجلال المحلى بحاشيتيه : قليوبى، وعميرة (٤/ ٢٠٦، ٢٠٧)، وتحفة المحتاج بحاشيتيه : الشروانى، وابن قاسم العبادى (٩/ ١٨١، وما بعدها)، وأسنى المطالب (٤/ ١٦٦، ١٦٧).

(٢)- الروضة (١٠/ ١٨٧).

جاء في الروضة «أما حكم الدفع فقد ذكرنا أنه جائز، وهل يجب أم يجوز الاستسلام وترك الدفع ، ينظر إن قصد أخذ المال أو إتلافه ولم يكن ذا روح، لم يجب الدفع؛ لأن إباحة المال جائزة ، وإن قصد أهله وجب عليه الدفع بما أمكنه ؛ لأنه لا مجال فيه ، وشرط البغوى للوجوب : أن لا يخاف على نفسه، وإن قصد نفسه، نظر ، إن كان كافراً ، وجب الدفع ، وأشار الروياني إلى أنه لا يجب الدفع بل يستحب ، وهو غلط ، والصواب الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وإن كان بهيمة، وجب ، وإن كان مسلماً فقولان ، وقيل : وجهان، أظهرهما : لا يجب الدفع، بل له الاستسلام ، والثاني : يجب ، وعن القاضى حسين : أنه إن أمكنه دفعه بغير قتله، وجب ، وإلا فلا . . . .، وإن كان الصائل مجنوناً، أو مراهقاً فقيل : لايجوز الاستسلام . . . ، والمذهب طرد القولين . . . . .

وهل يجب الدفع عن الغير ؟ فيه ثلاث طرق، أصحها : أنه كالدفع عن نفسه فيجب حيث يجب، ولا يجب حيث لا يجب، والثانى : القطع بالوجوب؛ لأن له الإيثار بحق نفسه دون غيره، والثالث –ونسبه الإمام إلى معظم الأصوليين –: القطع بالمنع ؛ لأن شهر السلاح يحرك الفتن ، وليس ذلك من شأن آحاد الناس ، وإنما هو وظيفة الإمام» (١) .

وجملة هذا الذى ذكرت يفيد ما سبق أن قرره البحث من أنه ليس يعتبر من الضرر الممنوع منه مثل هذه التصرفات على ما فيها من الإخلال بمصلحة الصائل ؛ ذلك أنها ثبتت بمقتضى حق قرره الشرع ، ودلت عليه النصوص.

---

(١)- الروضة (١٠/ ١٨٩).

د- وجهة الفقه الحنبلي:

يرى الحنابلة فيمن أريدت نفسه، أو حرمته، أو ماله أن له الدفع عن ذلك بأسهل ما يعلم دفعه به، وإن لم يحصل إلا بالقتل، فله ذلك، ولا شيء عليه، وإن قتل كان شهيداً وسواء كان الصائل آدميًا - مكلفا، أو غير مكلف - أو بهيمة [1].

قال في المحرر: «من صال على نفسه، أو حرمته، أو ماله - آدمي، أو بهيمة، فله الدفع عن ذلك بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به، فإن لم يندفع إلا بالقتل فله ذلك، ولا ضمان عليه، وإن قتل فهو شهيد، ويلزمه الدفع- مع القدرة - عن حرمته دون ماله، وفي نفسه روايتان» [2].

وجاء في متن الخرقي أنه: «إذا حمل عليه جمل صائل فلم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه، فضربه، فقتله، فلا ضمان عليه، وإذا دخل منزله (أي: آدمي) بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل ما يخرجه به، فإن علم أنه يخرج بضرب عصًا لم يجز أن يضربه بحديدة، فإن آل الضرب إلى نفسه فلا شيء عليه، وإن قتل صاحب الدار كان شهيداً» [3].

والمذهب: أن كل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكر فيمن دخل منزله: في أنه يدفع بأسهل ما يمكن دفعه به، وأنه إذا صال على إنسان صائل يريد ماله، أو نفسه ظلمًا، أو يريد امرأة يزني بها فلغير المصول عليه معونته في الدفع. نص عليه ابن قدامة في «المغني»، وقال:

---

(١)- انظر: كشاف القناع (٦/ ١٥٤)، وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٣٧٨).

(٢)- المحرر (٢/ ١٦٢).

(٣)- متن الخرقي مع المغني (١٠/ ٣٥١، ٣٥٢).

«لو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم ؛ لأن النبى – ﷺ – قال :« انصر أخاك ظالمًا، أو مظلومًا »......؛ ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم ؛ لأن قطاع الطريق إذا انفردوا بأخذ مال إنسان لم يعنه غيره، فإنهم يأخذون أموال الكل واحداً واحداً ، وكذلك غيرهم» (١) .

وتأسيسًا على مجموع هذه النقول يمكن القول بأن الفقه الحنبلي لا يعتبر من الضرر الممنوع منه تصرف المصول عليه – والذى من شأنه الإخلال بمصلحة الصائل – لأنه ثبت بمقتضى ما تقرر بالشرع من حق الدفع، بل إن هذا الفقه يعد من الواجب فى بعض الأحوال التصرف بالدفع حتى وإن أدى إلى قتل الصائل من غير التفات إلى ذلك .

قال فى المبدع : « وهل يجب الدفع عن نفسه ؟ على روايتين كذا فى «المحرر» ، والأصح : أنه يلزمه الدفع عن نفسه ؛ لقوله – تعالى – : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ (٢) ، وكما يحرم قتل نفسه تحرم عليه إباحة قتل نفسه ؛ ولأنه قدر على إحياء نفسه ، فوجب عليه فعل ما يتقى به كالمضطر إذا وجد الميتة، وكذا عن نفس غيره ، لا فى فتنة ، فى الأصح فيهما .... ، وظاهره : أنه لا يجب الدفع عن حرمته، وليس كذلك ، بل هو قويل ، فإنه إذا رأى مع امرأته رجلاً ، أو ابنته ، أو أخته يزنى بها ، أو تلوط بابنه، فإنه يجب الدفع عن ذلك فى المنصوص ؛ لأنه اجتمع فيه حق الله، وهو منعه من الفاحشة، وحق نفسه بالمنع عن أهله، فلا يسعه إضاعة هذه الحقوق ، ولا عن ماله (أى : لا يلزمه الدفع عنه) ، وهو الأصح كما

---

(١)- المغنى (١٠/ ٣٥٢، ٣٥٣).

(٢)- آية (١٩٥) سورة البقرة.

لا يلزمه حفظه من الضياع والهلاك ، ذكره القاضي وغيره ، وفى « التبصرة » : فى الثلاثة (أى : النفس ، والحرمة، والمال)يلزم (أى : الدفع عنهم) فى الأصح، وذكر القاضى : أنه أفضل ، ونقله حنبل ، وفى « الترغيب » : المنصوص عنه أن ترك قتاله أفضل، وأطلق روايتى الوجوب فى الكل ، زاد فى « نهاية المبتدئ » على الثلاثة : وعرضه، وقيل : يجب، وأطلق فى « التبصرة » والشيخ تقى الدين – لزومه على مال غيره ، وسواء كان الصائل آدميًا مكلفا، أو غير مكلف . . . ، أو بهيمة » (١) .

إذًا فللمصول عليه – على نفسه، أو على نسائه ، أو على ماله – وللرجل – الذى يدفع عن الغير – أن يدفعا الصائل على سبيل اللزوم – على إحدى الروايتين– حتى وإن أدى ذلك إلى قتله من غير أن يعتبر تصرفهما بمثل ذلك ضررًا ممنوعًا منه على أنه فيه ما فيه من الإخلال بمصلحة الصائل .

الخلاصة :

وخلاصة هذا الذى عرض له البحث من وجهات الفقهاء بخصوص تلك المسألة : أنه يبين صواب ما سبق تقريره من أن بعضًا من التصرفات المخلة بالمصلحة ليس ينظر الشرع إليها على أنها ضرر معتبر يمنع منه فى الحكم ؛ ذلك أنها تكون بمقتضى حق : كهذه المسألة التى موضوعها دفع الصائل.

لكن يجب التنبيه – هنا– على أن جواز دفع الصائل بمثل ما ذكر له شروط أفادها الباحثون من خلال النظر فيما أثبته الفقهاء – فقهاء المذاهب

---

(١)- المبدع (٩/ ١٥٥، ١٥٦).

-- فى كتبهم عند تناولهم لهذه المسألة ، لا أن ذلك يجرى هكذا من غير ضبط أو تحديد ، وجملة هذه الشروط أربعة :

الأول : أن يكون هناك اعتداء أوعدوان .

الثانى : أن يكون الاعتداء حالاً . أى : واقعًا بالفعل، لا مؤجلاً ، ولا مهدداً به فقط .

الثالث : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر، فإذا أمكنه ذلك بوسيلة أخرى : كالاستعانة ، أو الاستغاثة بالناس، أو بالشرطة ولم يفعل فهو معتد .

الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة . أى : بالقدر اللازم لرد الاعتداء بحسب ظنه، أو بتعبير آخر أن يدفع بالأخف فالأخف ، وذلك وفق ما أشير إليه فيما تقدم [١] .

وهكذا فإنه يظهر من مجموع ماعرض له أن الفقه الإسلامى لايعتبر التصرف المخل بالمصلحة (أى : الضرر) ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم إلا إذا كان إخلاله هذا بغير حق . يعنى : على وجه التعدى ، أو التعسف، أو الإهمال .

وهنا فإنه يكون لزامًا على البحث بيان حدود التعدى ، والتعسف، والإهمال ، ووجهات الفقهاء بهذا الخصوص ، وذلك حتى يمكن الحكم على التصرف المخل بالمصلحة بأنه من الضرر المعتبر الذى يمنع منه ؛ لأنه قد ظهر أن النظر الشرعى لا يعتبر التصرف المخل بالمصلحة ضرراً ممنوعًا إلا إذا كان بغير حق (أى : تعديًا ، أو تعسفًا ، أو إهمالاً) .

---

(١)- انظر فى تفصيل ذلك : التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ / عبد القادر عودة - عليه رحمة الله - (ف ٣٣٥ / جـ١ / ص ٤٧٨).

ونتناول فيما يلي حدود كل على حدة.

أولاً: التعدي:

يمكن القول – ابتداء – بأن الفقه الإسلامي ليس يرى صواب اعتبار كل تصرف مخل بالمصلحة ضرراً ممنوعًا منه في الحكم ، بل هو يشترط لاعتبار مثل ذلك ضرراً ممنوعًا أن يكون بغير حق. أى : يكون على وجه التعدي.

والحق أن الفقه الإسلامى أعطى مفهومًا واسعًا لهذا التعدى ، حيث إنه استعمل هذا المصطلح : مصطلح التعدي– فى الدلالة على هذه المعانى الثلاثة:

المعنى الأول : العمل المحظور في ذاته شرعًا، أو بتعبير آخر : العمل بدون حق ولا جواز شرعي، وذلك بقطع النظر عن كونه متجاوزاً إلى حق الغير، أو لا .

المعنى الثانى : المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، أو ملكه المعصوم.

والتعدى بهذا المعنى الثانى (المجاوزة . .) هو المقصود لاعتبار مباشرة الإخلال بالمصلحة (الضررالمباشر) ضرراً موجبًا للضمان ؛ ذلك أن الفقهاء لم يشترطوا لاعتبار هذه المباشرة ضرراً موجبًا للضمان أن تكون ناتجه عن التعدى بالمعنى الأول الذى هو «العمل المحظور فى ذاته شرعًا»، ويدل على هذا أنه لو رمى إنسان سهمًا فى ملكه فأصاب به إنسانًا تصادف وجوده فى هذا الملك ، فإنه يعتبر ذلك ضرراً موجبًا للضمان [١] ، على أنه لم يكن

---

(١)– انظر : تبيين الحقائق للزيلعي (٥/ ١٤٧).

هناك تعد بمعنى « العمل المحظور فى ذاته شرعًا » ؛ إذ إن رمى الإنسان السهم فى ملكه أمر جائز شرعًا ، وإلى هذا تشير القاعدة الفقهية التى تقول بأن « المباشر ضامن وإن لم يتعمد (أى : وإن لم يأت عملاً محظوراً فى ذاته) »(١) .

والمعنى الثالث للتعدى هو : الإهمال والتقصير فى الاحتياط ، والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق (٢) .

وهذه المعاني الثلاثة للتعدى يعتمدها جميعًا الفقه الإسلامي – على اختلاف مذاهبه – حينما يشترط التعدى لاعتبار الإخلال بالمصلحة على وجه التسبب ضرراً موجبًا للضمان، وذلك حيث يقرر الفقهاء تلك القاعدة « أن المتسبب ضامن بشرط التعدي » (٣) .

وعلى هذا فإنه يكون للتعدى فى الفقه الإسلامى **حدان** ظاهران، **أحدهما** يمكن أن يوصف بأنه حد موضوعى يعتمد على أمور مادية خارجية من كون الفعل غير مشروع لا يستند إلى الحق أصلاً أو كونه فيه تجاوز إلى حق الغير أو ملكه المعصوم ، وهذا ظاهر فى تعلق هذا الحد بالمعنيين الأول والثانى للتعدي.

والحد الثانى يمكن أن يوصف بأنه حد ذاتى قوامه عناصر نفسية من القصد إلى الإضرار، أو مظنته، أو التقصير فى النظر المأمور به والإهمال فى الاحتياط الواجب عليه عند استعماله السلطة المخولة إليه بمقتضى الحق .

---

(١)- انظر : السابق ، ومجمع الضمانات (ص ١٤٦).٢.

(٢)- ولعل الجامع بين التعدى بمعنى «المجاوزة » والتعدى بمعنى «التقصير» هو : عدم الإتيان بالمطلوب فى كل ، فالأول جاوزه، والثانى قصر عنه، فكلاهما متعد لعدم حصول المطلوب شرعًا فى كلا الحالين.

(٣)- انظر : مجمع الضمانات (ص ١٤٦)، وتبيين الحقائق للزيلعى (٥/ ١٤٧)، والفروق للقرافى (٤/ ٢٧)، والروضة للنووى (٩/ ٣١٥)، والمغنى لابن قدامة(٨/ ٤٢٣). ط : القاهرة ، وشرائع الإسلام (٤/ ٢٥٤).

وهذا الحد يختص بالمعنى الثالث للتعدي.

والبحث يشير فيما يلي إلى وجهات الفقهاء بهذا الخصوص:

أ- المذهب الحنفي:

يقرر الفقه الحنفى أنه ليس يعتبر كل تصرف أخل بمصلحة (أى : كل ضرر) ضرراً ممنوعًا منه، بل المعتبر إنما هو خصوص من التصرفات المخلة بالمصلحة، وهى تلك التى يتعدى ضررها إلى الغير ضرراً فاحشًا . جاء فى «فتح القدير» - فى بيان الضرر المعتبر الذى يمنع منه فى الحكم - أنه لابد «أن يحمل على خصوص من الضرر ، وهو : ما يؤدى إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش، وفى «الذخيرة» : حكى عن بعض مشايخنا- رحمهم الله - أن الدار إذا كانت مجاورة لدور ، فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنوراً للخبز الدائم، أو رحًا للطحن ، أو مدقة للقصارين - يمنع منه ؛ لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشًا» [1] . وقد علق ابن الهمام على هذا بقوله : «والحاصل : أن القياس فى جنس هذه المسائل : أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقًا ؛ لأنه يتصرف فى خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره.

لكن يترك القياس فى موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشًا» [2] .

وهذا بخلاف ما لو لم يتعد، فلو « سقى الرجل أرضه، أو شجرها ، أو ملأها ماء ، فسال فى أرض رجل فغرقها، لم يكن عليه ضمانها ؛ لأنه

---

(١)- فتح القدير (٧/ ٣٢٦).

(٢)- فتح القدير (٧/ ٣٢٦) .

في هذا التسبيب غير متعد، بل هو متصرف في ملك نفسه، وللإنسان أن يتصرف في ملك نفسه مطلقًا.

والمتسبب إذا لم يكن متعديًا في تسببه لا يكون ضامنًا : كحافر البئر، وواضع الحجر في ملكه، وهو نظير مالو أوقد نارًا في أرضه فوقع الحريق بسبب ذلك ، فإنه لا يكون ضامنًا ؛ لكونه متصرفًا في خالص ملكه، وكذا لو نزت أرض جاره من هذا الماء» [1] .

ومعنى هذا : أن التصرف الذي يعتبر من الضرر الموجب للضمان - في الفقه الحنفي - هو ما كان مخلاً بالمصلحة إخلالاً بينًا على وجه التعدي.

على أن التعدي يتسع مفهومه في هذا الفقه ليشمل المعاني الثلاثة التي سبق أن أشير إليها، ويؤيد من ذلك تلك النصوص.

فمن المعنى **الأول** (الذي يعبر عنه بالتعدي) : معنى «العمل المحظور في ذاته شرعًا» - هذا النص : قال في المبسوط :«وإذا احتفر الرجل في سوق العامة بئرًا ، أو بنى فيها دكانًا بغير إذن السلطان، فهو ضامن لما عطب به من شيء ؛ لأنه متعد في هذا السبب، فالحق بالطريق للعامة، وما يكون حقًا لعامة المسلمين فالتدبير فيه إلى الإمام ، فإن أحدثه بغير إذن الإمام كان متعديًا، وإذا فعله بأمر السلطان لا يكون متعديا في هذا التسبب فلا يكون ضامنًا» .

فالنص ظاهر الدلالة على أن التصرف في سوق العامة بغير أمر السلطان تعد، بمعنى أنه تصرف بدون حق ولا جواز شرعي ؛ إذ إن أمر

---

(١)- المبسوط (٢٣/ ١٨٦، ١٨٧).

ذلك موكول إلى الإمام ، فكان لا بد قبل التصرف من أخذ إذنه وموافقته .

وبناء عليه فإنه يحكم بعدم مشروعية التصرف وضمان المتصرف ما عطب به من شيء ، ومعنى الحكم بضمان المتصرف بمثل هذا لما عطب من شيء هو اعتبار ذلك التصرف ضرراً ممنوعًا منه .

ومن المعنى **الثاني** (الذى يعبر عنه بالتعدي) : معنى « المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، أو ملكه المعصوم »- هذا النص:

جاء في لسان الحكام: « رجل أراد أن يتخذ داره بستانًا ، ليس لجاره أن يمنعه من ذلك إذا كانت الأرض صلبة، لا يتعدى ضرر الماء إلى جداره ، وإن كانت رخوة يتعدى إلى جداره له أن يمنعه .

وعلى هذا إذا جعل دكانه طاحونة، أو جعله للقصارة، وعلى هذا لو أراد أن يبنى حمامًا ، أو اصطبلاً » (١) .

فهذا النص يفيد أن تصرف الإنسان في ملكه إذا تجاوز حدود هذا الملك إلى حق الغير، أو ملكه المعصوم - يكون تعديًا ممنوعًا منه: كما لو اتخذ داره بستانا - وكانت الأرض رخوة - يتعدى ماء سقيه إلى جدار جاره، فيمنع من ذلك ؛ لأنه من الضرر المعتبر.

ومن المعنى **الثالث** (الذى يعبر عنه بالتعدي) معنى :« الإهمال والتقصير فى الاحتياط ، والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق » - هذا النص :

جاء فى المبسوط :« ولو أحرق كلأ ، أو حصائد في أرضه فذهبت النار يمينًا وشمالاً ، وأحرقت شيئًا لغيره، لم يضمنه ؛ لأنه غير متعد فى

---

(١)- لسان الحكام مطبوع مع معين الحكام (ص ٤١٠).

هذا التسبيب؛ فإن له أن يوقد النار فى ملك نفسه مطلقًا ، وتصرف المالك فى ملكه لا يتقيد بشرط السلامة » [1] ، وقد علق السرخسى على ذلك بقوله : « قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - وهذا إذا كانت الرياح هادية حين أوقد النار .

فأما إذا أوقد النار فى يوم ريح على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلى ملك غيره فإنه يكون ضامناً بمنزلة مالو أوقد النار فى ملك غيره (أى : بمنزلة المتعدي) . . . » . [2]

ومفاد هذا : أنه يفرق فى الفقه الحنفى بين تصرف الإنسان فى ملكه على وجه العادة وإن تضرر به غيره، وتصرفه على خلاف العادة : كأن يوقد ناراً فى يوم ريح على وجه يعلم أن الريح يذهب بالنار إلى ملك جاره فيحرقه ، ففى الأول لا يعتبر التصرف من الضرر الممنوع منه ، ومن ثم فلا يجب به الضمان، وفى الثانى يعتبر التصرف من الضرر الممنوع منه لوجود الإهمال ، والتقصير ، وتوفر التعنت وسوء القصد ، حتى إنه ليشبه التصرف فى ملك الغير بما يضر ، وذلك يسمى تعديًا .

ويؤيد من هذا ما جاء فى « تبيين الحقائق » . قال المصنف : « ولو سقى أرضه سقيًا لا تحتمله الأرض فتعدى إلى أرض جاره ضمن ؛ لأنه لم يكن منتفعًا فيما فعل بل كان متعديًا » [3] .

فالزيلعى قد اعتبر مثل هذا التصرف - على أنه فى ملك صاحبه - ضرراً يجب فيه الضمان؛ لأنه على وجه التعدى ؛ حيث قد ثبت توفر سوء

---

(١)- المبسوط (٢٣/ ١٨٨).

(٢)- المصدر السابق .

(٣)- تبيين الحقائق (٥/ ١٤٧)، وانظر (ص ١٦١) من مجمع الضمانات «الفصل الثالث : فيما يضمن بالنار وما لا يضمن » حيث أورد المصنف عدداً من الفروع يشير إلى مثل هذا المعنى ويؤكده .

القصد؛ إذ هو قد سقى أرضه سقيًا يعلم أن الأرض لا تحتمله، وأنه يتعدى إلى أرض جاره .

وذلك ظاهر في الدلالة على أن سوء القصد والتعنت مما يشمله معنى التعدى ، حتى إنه ليصح لتعبير عن ذلك صراحة - كما ورد فى النص - بالتعدى .

* والحاصل من مجموع ما تقدم : أن الفقه الحنفى لا يعتبر من الضرر الممنوع منه إلا خصوصًا من التصرفات المخلة بالمصلحة ، وهى تلك التى يكون إخلالها على وجه التعدى بمفهومه الواسع، لا على وجه الحق .

وأن هذا التعدى يمكن حده بأحد هذين الحدين:

الأول : حد موضوعى يعتمد على أمور مادية خارجية من كون الفعل غير مشروع لا يستند إلى الحق أصلاً . . . إلى آخر ما سبق ، وهذا الحد يجرى فيما لو كان المراد بالتعدى المعنى الأول والثانى ، معني : المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، أو ملكه المعصوم نيلاً منه وإضراراً به ، ومعنى : العمل المحظور فى ذاته شرعًا ، أو بتعبير آخر : العمل بدون حق ولا جواز شرعي، وذلك بقطع النظر عن كونه متجاوزًا إلى حق الغير، أو لا .

والثانى : حد ذاتى قوامه عناصر نفسية من القصد إلى الإضرار ، أو التقصير فى النظر المأمور به والإهمال فى الاحتياط الواجب عند استعماله السلطة المخولة إليه بمقتضى الحق، وهذا الحد يجرى فيما لو كان المراد بالتعدى المعنى الثالث: معنى : الإهمال والتقصير فى الاحتياط ، والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق.

تلك هى خلاصة وجهة الفقه الحنفى بهذا الخصوص ، ونعرض فيما يلى لوجهة الفقه المالكي.

ب- الفقه المالكي :

سبق بيان أن الفقه المالكى ليس يعتبر من الضرر الممنوع منه فى الحكم التصرف المخل بالمصلحة الذى يكون إخلاله على وجه الاعتداء بالحق الذى له (أى : بمثل ما اعتدى عليه به) إن قدر بما أبيح له من السلطان ؛ إذ إن الانتصار ليس باعتداء، ولا ظلم ، ولا ضرر (١) .

وبناء عليه فإنه لا يحكم على التصرف – مع أنه مخل بالمصلحة – بأنه من الضرر المعتبر فى هذا الفقه إلا إذا كان إخلاله هذا بغير حق . أي : بأن يكون على وجه التعدي.

وهذا التعدى يجرى فى الأموال ، والفروج، والنفوس ، والأبدان ، ويتسع مفهومه ليشمل تلك المعانى الثلاثة التى ذكرت آنفا ، ويستفاد ذلك من جملة نصوص ، نشير إلى عدد منها فيما يلي:

فمن المعنى **الأول** الذى يعبر عنه بالتعدى ، معنى :« العمل بدون حق ولا جواز شرعي » – هذا الذى جاء فى « القوانين » فى الفصل الأول من باب « التعدي » : فصل التعدى فى الأموال . قال ابن جزى : « الثالث(أى : من أنواع التعدى فى الأموال) (٢) الاستهلاك بإتلاف الشيء : كقتل الحيوان ، أو تحريق الثوب كله، أو تخريقه، وقطع الشجر، وكسر الفخار ، وإتلاف الطعام ، والدنانير والدراهم ، وشبه ذلك ، ويجرى مجراه التسبب

---

(١)- انظر فى ذلك : التمهيد لابن عبد البر (٢٠/١٥٩، ١٦٠).

(٢)- ذكر فى القوانين أن التعدى فى الأموال على أربعة أنواع، (الأول): أخذ الرقبة ، وهو الغصب، و(الثاني) : أخذ المنفعة دون الرقبة ، وهو ضرب من الغصب، و(الثالث) : الاستهلاك بإتلاف الشيء و(الرابع): الإفساد ، وهو ضربان ، أحدهما : أن يذهب المنفعة المقصودة من شيء ، والآخر : أن يكون الفساد يسيراً .

انظر : القوانين (٢٨٤، ٢٨٥).

في التلف : كمن فتح حانوتًا لرجل ، فتركه مفتوحًا فسرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل دابة فهربت ، أو حل عبدًا موثقًا فابق..، أو حفر بئرًا بحيث يكون حفره تعديًا (يعني : ليس في ملكه ، ولا في موات يجوز له إحياؤه) ، فسقط فيه إنسان، أو بهيمة أو قطع وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق .

فمن فعل شيئًا من ذلك فهو ضامن لما استهلكه، أو أتلفه، أو تسبب في إتلافه ، سواء فعل ذلك كله عمدًا ، أو خطأ » (١) .

فهذا النص يفيد : أن تصرف الإنسان الذى من شأنه إتلاف ملك الغير بغير حق – عمل غير مشروع فلا يجوز مثله .

وأنه يسمى ذلك تعديًا، سواء كان الإتلاف بالمباشرة أو التسبب، عمدًا أو خطأ .

وبناء عليه فإن هذا التصرف يكون من الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه، وبوجوب الضمان فيه – فيما إذا وقع –.

ومن المعنى الثاني الذى يعبر عنه بالتعدي، معنى : «المجاوزة الفعلية إلى حق الغير ، أو ملكه المعصوم ؛ نيلاً منه، وإضرارًا به» – هذا الذى جاء في «المدونة» ، ففيها : أرأيت لو أن رجلاً حفر بئرًا بعيدة عن بئر جار له، وكان أحياها قبل ذلك، فانقطع ماء البئر الأولى ، وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئر الثانية – أيقضى له على هذا بردم البئر الثانية أم لا في قول مالك ؟ قال : قال مالك : «للرجل أن يمنع ما يضر ببئره ، فإذا كان له أن يمنع فله أن يقوم على هذا فيردم بئره التي حفرها» (٢) .

---

(١)– المصدر السابق (٢٨٤) .

(٢)– المدونة مع مقدمات ابن رشد (٤/ ٣٧٧).

فمؤدى هذا النص : أمران، **الأول : أن تصرف الإنسان فى ملكه إذا تجاوز حدود هذا الملك إلى حق الغير ، أو ملكه المعصوم نيلاً منه، وإضراراً به - يكون تعدياً ممنوعاً** منه، فإحداثه بئراً فى ملكه يتعدى ضررها إلى بئر الغير بحيث ينقطع ماؤها نتيجة هذا الإحداث- تصرف ممنوع لتجاوزه حدود الملك إلى حق الغير نيلاً منه وإضراراً به .

والثاني : أن مثل هذا التعدى ضرر معتبر للمضرور أن يقوم به على من أحدثه فيمنعه كما هو ظاهر قول مالك .

ومن المعنى **الثالث** الذى يعبر عنه بالتعدى ، معنى «الإهمال والتقصير فى الاحتياط ، والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق »- هذه الصورة الثالثة من صور استعمال الحق التى فرضها الإمام الشاطبي، وهى ما إذا استعمل حقه لا بقصد إحداث ضرر بغيره على أنه يعلم بلزومه قطعاً عادة، ولا يستضر من ترك الاستعمال .

يقول الشاطبى فى حكم هذه الصورة : « فله نظران : نظر من حيث كونه قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعاً من غير قصد إضرار بأحد، فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه .

ونظر من حيث كونه عالماً بلزوم مضرة الغير»[(١)] . أى : متيقناً من مضرة الغير باستعماله حقه، مع أنه لا يستضر من ترك هذا الاستعمال، فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار ؛ لأنه فى فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري، ولا حاجى ، ولا تكميلى ، فلا قصد للشارع فى إيقاعه من حيث يوقع ، وإما فاعل لمأمور به على وجه يقع

---

(١)- الموافقات (٢ / ٣٥٧).

فيه مضرة، مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرة ، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذى يلحق به الضرر دون الآخر.

وعلى كلا التقديرين فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لابد فيه من أحد أمرين «إما تقصير فى النظر المأمور به ، وذلك ممنوع منه، وإما (مظنة) قصد إلى نفس الإضرار، وهوممنوع - أيضًا- ، فيلزم أن يكون ممنوعًا من ذلك الفعل، لكن إذا فعله فيعد متعديًا ، ويضمن ضمان المتعدى على الجملة» [1] .

وكذلك الحكم فى الصورة الرابعة من صور استعمال الحق، وهى صورة إفضاء استعمال الحق إلى الضرر فى الغالب من الظن ، لا على سبيل القطع ، حيث يقول الشاطبى فى بيان حكم هذه الحالة : «أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر ... ، وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظنًا ، فهل يجرى الظن مجرى العلم ، فيمنع من الوجهين الأولين - وجه التقصير فى النظر المأمور به ، ووجه مظنة قصد نفس الإضرار - أم لا ؟ لجواز تخلفهما ، وإن كان التخلف نادرًا ؛ ولكن اعتبار الظن هو الأرجح [2] ......، والحاصل من هذا القسم : أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، فالأصل الجواز من الجلب - للمصلحة - أو الدفع - للمفسدة - ، وقطع النظر عن اللوازم الخارجية، إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل ، أو من باب التعاون ، منع من هذه الجهة لامن جهة الأصل، فإن المتسبب لم يقصد مصلحة نفسه ، فإن حمل محمل التعدى فمن جهة أنه مظنة للتقصير ؛ .. ولذلك وقع الخلاف فيه : هل تقوم مظنة

---

(١)- المصدر السابق .

(٢)- وقد ساق الشاطبى عدداً من الأدلة يؤيد رجحان الظن ، وتقدم ذكر ذلك .

الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أم لا » (١) .

وهكذا يظهر أن الشاطبى يعتبر التقصير فى النظر المأمور به ، ومظنة قصد الإضرار- تعديًا ، وأنه يشملهما معنى التعدي .

وإذا كان التقصير فى النظر المأمور به، أو مظنة قصد الإضرار تعديًا عند الشاطبي، فقصد الإضرار يعتبر تعديًا من باب أولي .

* والحاصل من مجموع ماتقدم : أن الفقه المالكى لا يحكم على التصرف - مع أنه مخل بالمصلحة - بأنه من الضرر المعتبر الذى يمنع منه فى الحكم ، إلا إذا كان إخلاله هذا بغير حق. أى : على وجه التعدي .

وأن هذا التعدى يمكن حده بالحدين اللذين سبقت الإشارة إليهما فى الفقه الحنفى ، لكن المالكية يقدمون تصوراً أكثر وضوحًا للحد الثانى الذى يحد به التعدي، وهو الحد الذاتى الذى قوامه عناصر نفسية من القصد إلى الإضرار، والتقصير فى النظر المأمور به ، والإهمال فى الاحتياط الواجب عند استعمال الحق ، حيث أشاروا إلى ثلاثة عناصر هى مكونات هذا الحد، وهى :

(١)- تمحض قصد الإضرار بالفعل.

(٢)- مظنة قصد الإضرار التى تستفاد من القرائن.

(٣)- الإهمال للمعنى الاجتماعى الذى أمر به الإسلام من قوله - تعالى - : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ (٢) ، وعدم اتخاذ الاحتياط اللازم للحيلولة دون الإضرار بغيره ،

---

(١)- الموافقات (٢ / ٣٥٩: ٣٦١).

(٢)- آية (٢) سورة المائدة .

أو بعبارة أخرى : التقصير فى إدراك الأمور على وجهها الصحيح ، وإهمال المعانى الإسلامية من مثل قوله - ﷺ - : « أحب لأخيك ماتحب لنفسك » (١) .

تلك هي وجهة الفقه المالكى بهذا الخصوص ، وننتقل بعد ذلك إلى حيث بيان وجهة الفقه الشافعي.

جـ- وجهة الفقه الشافعي :

يرى الشافعية أنه ليس يعتبر كل تصرف أخل بمصلحة ضرراً ممنوعًا منه في الحكم ؛ إذ إنه يلزم لاعتبار مثل هذا ضرراً أن يكون بغير حق. أي: على وجه التعدي، لا أنه يكون بمقتضى حق.

قال ابن حجر الهيتمي : « وظاهر حديث « لا ضرر ولا ضرار » امتناع الضرر ولو لمن أضرك ، لكن يخص من ذلك الصائل ونحوه ممن يجوز دفعه .. ، ومن ثم كان حديث « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » محمولاً عند أهل العلم على أن معناه : لا تخن من خانك بعد أن

---

(١)- انظر : التعسف فى استعمال الحق للدكتور فتحى الدرينى (٥٩) . والحديث أصله فى البخارى ومسلم عن أنس بن مالك عن النبى - ﷺ - قال : « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه - وفى مسلم : أو قال لجاره - ما يحب لنفسه» . قال النووى : هكذا هو فى مسلم لأخيه ، أو لجاره على الشك ، وكذا هو فى مسند عبد بن حميد على الشك، وهو فى البخارى وغيره من غير شك . البخارى مع الفتح (١/ ٧٣) ، كتاب الإيمان، باب :«من الإيمان أن يحب لأخيه مايحب لنفسه» ، ومسلم بشرح النووى (٢ / ١٦) ، كتاب الإيمان،باب : «الدليل على أن من خصال الإيمان أن يحب لأخيه المسلم ما يحب لنفسه » .

وقد فصل القول بهذا الخصوص الإمام الغزالى فى الإحياء (٢/ ٧٤، ٧٥) ، وذلك حيث يقول : «فكل ما يستضر به المعامل فهو ظلم ، وإنما العدل لايضر بأخيه المسلم ، والضابط الكلى فيه : أن لا يحب لأخيه إلا ما يحب لنفسه ؛ فكل مالو عومل به شق عليه ، وثقل على قلبه ، فينبغى أن لا يعامل غيره به » .

انتصرت منه في خيانته لك ؛ إذ من عاقب بمثل ماعوقب به وأخذ حقه ليس بخائن، . . ومن ثم أجاز الإمام الشافعي لدائن ظفر بمال مدينه أن يأخذ منه قدر حقه بشروطه، وإن أدى إلى كسر باب ، أو نقب جدار، ولا نظر إلى ما فيه من الضرر . . .، والحاصل : أنه ليس لأحد أن يضر بغيره وإن أضر به قبل إلا إن كان على وجه الانتصار منه بمثل ما اعتدى به عليه – على الوجه الشرعي – فإنه حينئذ ليس اعتداء ولا ظلما، ولا ضرراً »(١) .

ومعنى هذا أن الفقه الشافعي لا يعتبر من الضرر الممنوع منه – في الحكم – إلا خصوصًا من التصرفات المخلة بالمصلحة لا كل تصرف أخل بمصلحة ، وهي تلك التي يكون إخلالها بغير حق : أي : على جهة التعدي.

وهذا التعدي يعبر به – في هذا الفقه – عن المعاني الثلاثة السابق ذكرها، ويؤيد من ذلك هذه النصوص:

فمن المعنى **الأول** الذي يعبر عنه بالتعدي ، معنى « العمل بدون حق ولا جواز شرعي »– هذا الذي جاء في « الروضة » . قال النووي : « إذا حفر في ملك غيره ، نظر – إذا هلك به إنسان – إن حفر بإذن المالك فهو كحفره في ملكه ، وإن حفر بغير إذنه ، تعلق به الضمان ، لكونه عدوانًا، وتكون الدية على العاقلة ، ولو هلك به دابة ، أو مال آخر ، وجب الضمان في ماله » (٢) .

و« إذا حفر في شارع ، نظر ، إن كان ضيقًا يتضرر الناس بالبئر فيه ، وجب ضمان ما هلك بها، سواء أذن الإمام أم لا » (٣) ، وتعليل ذلك ؛ لأنه « ليس للإمام الإذن فيما يضر» (٤) .

---

(١)- فتح المبين (٢٣٩).

(٢)- فتح المبين (٢٣٩).

(٣)- الروضة (٩/ ٣١٧).

(٤)- السابق .

« وإن كان لا يتضرربها لسعة الشارع، أو انعطاف موضع البئر ، نظر، إن كان الحفر لمصلحة عامة :كالحفر للاستقاء. . ، فإن إذن فيه الوالى ، فلا ضمان، وإلا فالأظهر الجديد : أنه لا ضمان ، وأشار فى القديم إلى وجوبه .

وإن حفر لغرض نفسه ، فإن كان بغير إذن الإمام ضمن ، وإلا فلا على الأصح » [1] .

فهذا النص يفيد بوضوح أن التصرف بدون حق ولا جواز شرعى : كالحفر فى ملك الغير ، والحفر فى الشارع الضيق ولو بإذن الإمام – يكون عدوانًا (أى : تعديًا) ممنوعاً منه.

وبناء عليه فإن هذا التصرف يكون من الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه ، وبوجوب الضمان فيما تلف به .

ومن المعنى **الثانى** الذى يعبر عنه بالتعدى ، معنى « المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، أو ملكه المعصوم ؛ نيلاً منه، وإضراراً به » – هذا النص . قال النووى :« لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حمامًا، أو اصطبلا، أو طاحونة، أو حانوته فى صف العطارين حانوت حداد، أو قصار على خلاف العادة ففيه وجهان . أحدهما : يمنع للإضرار ، وأصحهما : الجواز؛ لأنه متصرف فى خالص ملكه ، وفى منعه إضرار به ، وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده .

فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل فى حيطان الجار ، فالأصح : المنع، وذلك مثل أن يدق الشيء فى داره دقًا عنيفًا تتزعزع منه الحيطان أو حبس الماء فى ملكه بحيث تنتشر منه النداوة إلى حيطان الجار.

---

(١)- الروضة (٩/ ٣١٧ ، وما بعدها) .

ولو اتخذ داره مدبغة، أوحانوته مخبزة حيث لايعتاد، فإن قلنا: لا يمنع في الصورة السابقة، فهنا أولى » [١] .

وفى نهاية المحتاج : « ولو تعدى بحفره - بئراً - فى ملكه لكونه وضعه بقرب جدار جاره ضمن ما وقع بمحل التعدى كما قاله البلقينى » [٢] .

فمثل هذا يستفاد منه: أن تصرف الإنسان فى ملكه إذا تجاوز حدود هذا الملك إلى حق الغير أو ملكه المعصوم - يكون تعديًا ممنوعا فى أحد الوجهين - فى المذهب - : كما لو حبس الماء فى ملكه بحيث تنتشر منه النداوة إلى حيطان الجار، وكما لو حفر بملكه بئراً بقرب جدار جاره.

وكذلك الأمر لو اتخذ داره مدبغة ، أو حانوته مخبزة حيث لا يعتاد.

وأنه يضمن ماوقع بمحل التعدى ؛ لكونه من الضرر المعتبر الذى يمنع منه فى الحكم .

على أن الشافعية يضيفون - هنا - هذا البعد للتعدى ، وهو أن يكون التصرف : خارجًا على العادة - أى : مجاوزاً لها - وبخلاف المعروف.

جاء فى الإقناع أنه « يتصرف كل من الملاك فى ملكه عادة وإن أدى إلى ضررجاره، أو إتلاف ماله: كمن حفر بئر ماء ، أو حُش فاختل به جدار

---

(١) الروضة (٥/ ٢٨٥).

(٢)- نهاية المحتاج (٧/ ٣٥٣). وقال فى المهذب : « إذا أجج على سطحه ناراً فطارت شرارة إلى دار الجار فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها : فإن كان الذى فعله ماجرت به العادة لم يضمن لأنه غير متعد ، وإن فعل مالم تجر به العادة ...، ضمن لأنه متعد». انظر : المهذب (١/ ٤٩٣).

جاره أو تغير بما في الحش ماء بئره فإن جاوز العادة فيما ذكر ضمن»[1] . قال في تحفة الحبيب : « قوله (ضمن) أى : ماتولد منه قطعًا ، أوظنًا قويا : كأن شهد به خبيران . .، والضابط : أنه يمنع مما خالف العادة مما يضر دون ما هوعلى العادة » [2] .

وقال النووى : « يتصرف كل واحد في ملكه بالمعروف ، ولا ضمان فيما يتولد منه بشرط جريانه على العادة ، واجتناب الإسراف . .، ولو قصر فخالف العادة . .، ضمن » [3] .

ومن المعنى **الثالث** الذى يعبر عنه بالتعدى ، معنى « الإهمال، والتقصير في الاحتياط ، والتعنت وسوء القصد عند استعمال الحق » – هذا الذى جاء في الروضة .

ففيها أنه « لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حمامًا ، أو اصطبلاً ، أو طاحونة، أو حانوته في صف العطارين حانوت حداد ، أو قصار على خلاف العادة، فيه وجهان ، أحدهما يمنع للإضرار . . . إلى آخر ما سبق ذكره من هذا النص . قال النووي: واختار الرويانى في كل هذا : أن يجتهد الحاكم فيها ، ويمنع إن ظهر له التعنت وقصد الفساد » [4] .

وفي موضع آخر منها أنه « لو قصر فخالف العادة في سعة البئر ضمن – ماتولد عن ذلك – وليكن كذلك إذا قرب الحفر من الجدار على خلاف العادة . . .، ولو أوقد نارًا في ملكه، أو على سطحه ، فطار الشرر إلى ملك

---

(١)- الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع مع حاشية البجيرمى (٣/ ١٩٧).

(٢)- حاشية البجيرمى المسماة تحفة الحبيب على الخطيب (٣/ ١٩٧، ١٩٨).

(٣)- الروضة (٩/ ٣١٩).

(٤)- الروضة (٥/ ٢٨٥).

الغير ، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة فى قدر النار الموقدة ، أو يوقد النار فى يوم ريح عاصفة فيكون ذلك كطرح النار فى دار غيره- أى : تعديًا- .

ولو سقى أرضه ، فخرج الماء من جحر فأرة، أو شق، فدخل أرض غيره، فأفسده زرعه ، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة، أو كان عالمًا بالجحر أو الشق فلم يحتط .

ولو حفر البئر فى أرض خوارة ولم يطوها (أى : لم يبنها بالحجارة والآجر حفظًا لها من الانهيار)، ومثلها تنهار إذا لم تطو ، كان مقصرًا ، كما ذكرنا فى سعة البئر، ولا بد من هذا الاحتياط حيث جوزنا حفر البئر فى الشارع » (١) .

وهكذا يظهر أن الفقه الشافعى يعتبر التعنت وقصد الفساد : كأن يوقد النار فى يوم عاصف – تعديًا ممنوعا ، مثله مثل طرح النار فى دار الغير .

وأن التقصير وعدم الاحتياط أمره كذلك .

وأنه يخول إلى الحاكم النظر فى ذلك ، فيجتهد ، ويمنع إن ظهر له التعنت وقصد الفساد ، والتقصير وعدم الاحتياط .

فلو وقع مثل هذا التصرف فإنه يحكم بضمان ما تولد عنه ؛ لكونه من الضرر المعتبر الذى يمنع منه فى الحكم .

* والحاصل من مجموع هذا التناول : أن الفقه الشافعى لا يعتبر التصرف المخل بالمصلحة (أي : الضرر)ضررًا ممنوعًا منه فى الحكم إلا إذا كان إخلاله هذا بغير حق . أى : على وجه التعدي .

---

(١) ـ الروضة (٩/٣١٩، ٣٢٠).

وأن هذا التعدى يحد بالحدين اللذين سبق ذكرهما، لكن الشافعية يقدمون تصوراً أكثر وضوحًا للحد الأول الذى يحد به التعدي، وهو الحد الموضوعى الذى يعتمد على أمور مادية حيث أشاروا إلى عنصرين مهمين فى تكوين هذا الحد ، وهما : أن يكون التصرف لا على وفق العادة بل فوقها (أى : على وجه من الإسراف والمجاوزة) ، ولا بالمعروف بل بخلافه، وطريق ثبوت ذلك : أن يشهد به خبيران .

هذه هي جملة وجهة الفقه الشافعي بهذا الخصوص ، وبقى أن نعرض لوجهة الفقه الحنبلي .

د- وجهة الفقه الحنبلي :

يرى الحنابلة أن التصرف المخل بالمصلحة الذى يعتبر ضرراً يمنع منه - فى الحكم - هو ماكان إخلاله بغير حق . أى : بأن يكون على وجه التعدي .

أما إدخال الضرر على أحد يستحقه: إما لكونه تعدى حدود الله فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم نفسه وغيره ، فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير معتبر ، ولا يمنع منه فى الحكم ما دام على الوجه المشروع الذى دلت عليه السنة [١] .

والتصرف المخل بالمصلحة - الذى إخلاله بغير حق - الذى يعتبره الحنابلة ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم - كما يقول ابن رجب الحنبلى - على نوعين :

أحدهما : أن لا يكون له فى ذلك غرض سوى الضرر بالغير .

---

(١)- انظر : جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى (٢٩٩) .

والثاني : أن يكون له غرض آخر صحيح مثل أن يتصرف فى ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره ، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً فيتضرر الممنوع بذلك .

فأما تصرفه فى ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره ، فإن كان على غير الوجه المعتاد : مثل أن يؤجج فى أرضه ناراً فى يوم عاصف فيحترق مايليه، فإنه متعد بذلك وعليه الضمان .

وإن كان على الوجه المعتاد فإن قول أحمد : المنع – أيضا – .

وأما منع الجار من الانتفاع بملكه والارتفاق به، فإن كان ذلك يضر بمن انتفع بملكه فله المنع :كمن له جدارٌ واهٍ لا يحمل أن يطرح عليه خشب، وإن لم يضر به ، فلا يجوز المنع [1] .

على أن النظر فى كتب الفقه الحنبلى يفيد أن هذا الفقه يستعمل التعدى للدلالة على عدد من المعانى فوق ما أشار إليه ابن رجب .

وجملة هذه المعانى هى تلك التى سبق أن أشير إليها ، وحتى تتضح الصورة فإنه يكون من المناسب عرض بعض النصوص الفقهية التى تؤكد من هذا .

فمن المعنى **الأول** الذى يعبر عنه بالتعدى ، معني : « العمل بدون حق ولا جواز شرعي » – هذا الذى جاء فى المغنى من أنه لو « فتح الماء فى أرض غيره – بغير إذنه – ، أو أوقد فى دار غيره – بغير إذنه – ضمن ماتلف به ، وإن سرى إلى غير الدار التى أوقد فيها ، والأرض التى الماء فيها »[2] ،

---

(١)- المصدر السابق (٢٩٩، ٣٠١، وما بعدها).

(٢)- المغنى مع الشرح الكبير (٥/ ٤٥٣).

ويعلل ابن قدامة لذلك بقوله: «لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذى تعدى به» [1] .

ومثل هذا أن «من حفر بنفسه أو قنه بئراً لنفسه فى فنائه – أى : ما كان خارج داره قريبًا منها – ضمن ما تلف به، وكذا لوحفر نصف البئر فى حده، ونصفها فى فنائه – نصًا– ؛ لتعديه» [2] .

فهذان النصان مصرح فيهما بأن العمل بدون حق ولا جواز شرعى : كإيقاد النار فى دار الغير – بغير إذنه – ، وكفتح الماء فى أرض الغير – بغير إذنه – ، وكحفر البئر فى فناء الدار – فى مكان مشترك بغير إذن أهله – عدوان ، أو تعد ممنوع منه، ومن ثم فإن المتصرف بمثل ذلك يضمن ما تلف به جبراً للمضرور.

وحاصل هذا الجبر أن تلك التصرفات – المعبر عنها بالتعدى – من الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه .

ومن المعنى **الثانى** الذى يعبر عنه بالتعدى فى هذا الفقه ، معنى «المجاوزة الفعلية إلى حق الغير، أو ملكه المعصوم ؛ نيلاً منه، وإضراراً به » – علاوة على ما تقدم من كلام ابن رجب [3]– هذا الذى جاء في«الفروع» .

ففيها أن «من أحدث فى ملكه بجاره : كحمام ، وكنيف، ورحا ، وتنور – فله منعه (يعنى من أحدث عليه له المنع) ، كابتداء إحيائه، بإجماعنا، ذكره القاضى وغيره، وكدق وسقى يتعدى إليه ...، وقد احتج أحمد بالخبر : «لا ضرر ولا ضرار » [4] .

---

(١)– المغنى مع الشرح الكبير (٥/٤٥٣) .
(٢)– شرح منتهى الإرادات (٢/ ٤٢٧)، وانظر : كشاف القناع (٤/ ١٢١، ١٢٢).
(٣)– سبق أن ذكر ذلك على وجه التفصيل.
(٤)– الفروع لابن مفلح (٣/ ٢٨٥).

ومعنى هذا : أن التصرف المأذون فيه (مثل تصرفه في ملكه بما فيه مصلحة له) إذا تجاوز حدود هذا الملك مجاوزة فعلية إلى حق الغير وملكه المعصوم نيلاً منه وإضراراً به - يمكن أن يعبر عنه بالتعدي ، ويكون من الضرر المعتبر الممنوع منه في الحكم .

ومن المعنى **الثالث** الذى يعبر عنه بالتعدى ، معنى «الإهمال والتقصير في الاحتياط ، وسوء القصد عند استعمال الحق» - ماجاء في المغنى ، وكشاف القناع .

أما ماجاء في المغني فهو : أنه إذا أوقد في ملكه ناراً، أو في موات ، فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها ، لم يضمن إذا كان فعل ماجرت به العادة من غير تفريط ؛ لأنه غير متعد .

وإن كان ذلك بتفريط (أي: بإهمال ، وعدم احتياط) منه «بأن أجج ناراً تسرى في العادة لكثرتها ، أو في ريح شديدة تحملها ، أو فتح ماءً كثيراً يتعدى ، أو فتح الماء في أرض غيره....، ضمن ماتلف .... ؛ لأنها سراية عدوان» (١) .

وأما ما جاء في كشاف القناع فهو : أنه لو أجج ناراً في موات أو في ملكه ، أو سقى أرضه ، فتعدى ما ذكر من النار والماء إلى ملك غيره فأتلفه ، لم يضمن الفاعل إذاكان التأجيج أو السقي مماجرت به العادة بلا إفراط (أى : إسراف) ، ولا تفريط (أى : إهمال) ، فإن فرط : كأن يترك النار مؤججة والماء مفتوحًا وينام ، فيحصل التلف بذلك وهو نائم ، فإنه

---

(١)- المغنى (٥/ ٤٥٣).

يضـمن لتـفـريطه ، وكـذلك لو أفـرط : كـأن يؤجـج نارًا تسـرى فى العـادة لكثـرتهـا ، أو يكـون ذلك فى ريـح شـديدة تحملهـا إلى ملك غـيـره ، فـإنه يضمن لتعديه [1] .

وهكذا فإنه يلاحظ أن التصرف المأذون فيه : كتأجيج النار فى ملكه، أو سقيه أرضه – إذا تعدى إلى ملك الغير فأتلفه نتيجة الإفراط (الإسراف) ، أو التفريط (الإهمال) – يكـون تعديًا ، أو بتعبير آخر عـدوانًا ممـنوعًا منه ، وبناء عليـه فـإن المتـصرف به (الفـاعـل له) يضـمـن مـا تولد عنه من التلف جـبـرًا للغـير الذى أضير.

ومعنى هذا الجبر – كـمـا تقـدم – أن هذه التـصرفات – التى يصح أن يعبر عنها بالتعدي، أو العدوان – تكون من الضرر الذى يحكم بمنعه .

كـذلك فإنه يلاحظ هذا القـدر من سوء القـصـد عند استعمـال الحق – والذى يعبـر عنه بأنه تعـد – فـيـمـا لو أوقـد النار – فى ملكه – فى يوم ريح شديدة مثلها يحمل هذه النار إلى ملك الغير المعصوم.

وبهذا يكون الفقه الحنبلى قد نص على عناصر مادية تكون بمثابة قرائن ظاهرة على التعنت وسوء القصـد ، والإهمال وعدم الاحتياط ، وجـملة القول فيها أنها ترجع إلى مخالفة العادة إفراطًا، أو تفريطًا.

* وخلاصة مجموع هذا الذى تقدم : أن الفقه الحنبلى ليس يعتبر من الضـرر الممنوع منه كل تـصرف أخل بالمصلحة إلا أن يكون إخلاله على وجـه التعدى ، لا بمقتضى حق .

وأن الحنابلة يوافقـون المذاهـب الثلاثة فى أن التعـدى يحـد بما ذكـر من

---

(١)- انظر : كشاف القناع (٤/ ١٢٠، ١٢١).

الحدين السابقين على أنهم ينصون على عناصر مادية تكون بمثابة قرائن ظاهرة تدل على الحد الثانى للتعدي، وهو الحد الذاتى الذى قوامه عناصر نفسية من القصد إلى الإضرار ، والتقصير فى النظر المأمور به، والإهمال فى الاحتياط الواجب عند استعمال الحق ، وذلك بما حاصله مخالفة التصرف للعادة إفراطًا ، أو تفريطًا.

خاتمة في وجهات الفقهاء بخصوص التعدي:

وبعد هذا العرض لوجهات الفقهاء بخصوص التعدى فإنه يكون قد اتضح :

١- أن الفقهاء يتفقون على أنه لا يعتبر التصرف المخل بالمصلحة من الضرر الممنوع منه - مع هذا الإخلال بالمصلحة - إلا أن يكون إخلاله على وجه التعدى ، لا بمقتضى حق .

٢- وأن هذا التعدى يتسع مفهومه ليشمل هذه المعانى الثلاثه : معنى « المجاوزة الفعلية إلى حق الغير وملكه المعصوم نيلاً منه، وإضرارًا به »، ومعنى « العمل المحظور فى ذاته شرعًا ، أو بتعبير آخر : العمل بدون حق ولا جواز شرعى ، وذلك بقطع النظر عن كونه متجاوزًا إلى حق الغير ، أو لا »، ومعنى « الإهمال والتقصير فى الاحتياط وسوء القصد عند استعمال الحق ».

٣- وأنه يحد التعدي- بمفهومه الواسع - بحدين ، (أحدهما) موضوعى يعتمد على أمور خارجية من كون الفعل غير مشروع لا يستند إلى الحق أصلاً ، أوكونه فيه مجاوزة إلى حق الغير وملكه المعصوم .

وقد بين الفقه الشافعى بدقة عناصر هذه المجاوزة ، حيث أفاد الشافعية أن المجاوزة التى مثلها يكون تعديا ممنوعًا هى : أن يكون التصرف

لا على وفق العادة بل فوقها (أى : على وجه الإسراف) ، ولا بالمعروف بل بخلافه، وطريق ثبوت ذلك : أن يشهد به خبيران (١) .

و(الحد الثانى) للتعدى حد ذاتى قوامه عناصر نفسية من القصد إلى الإضرار، أو مظنته، أو التقصير فى النظر المأمور به، والإهمال فى الاحتياط الواجب عليه عند استعماله السلطة المخولة إليه بمقتضى الحق.

وقد قدم الفقه المالكى تصوراً واضحًا لهذا الحد ، حيث أشار الشاطبى الفقيه المالكى ، الأصولي، النظار في« موافقاته » إلى ثلاثة عناصر هى مكونات هذا الحد : تمحض قصد الإضرار، ومظنة قصد الإضرار(٢) التى تستفاد من القرائن، والإهمال للمعنى الاجتماعى الذى أمر به الإسلام.

كذلك فإن الحنابلة نصوا على عناصر مادية تكون بمثابة قرائن ظاهرة تدل على هذا الحد، وذلك بما حاصله : مخالفة التصرف للعادة إفراطا ، أو تفريطًا (٣) .

ومعنى هذا أنهم أقاموا من الحد الموضوعى أمارات تكون دليلاً على الحد الذاتى .

وهكذا يثبت التعدى الذى يكون به التصرف المخل بالمصلحة ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم، فإذا وقع وجب ضمان ما تولد عنه .

على أنه يلاحظ – أيضًا – : أن التعدى قد يكون بالفعل: كالعمل المحظور فى ذاته شرعًا، أو بعبارة أخرى : العمل بدون حق ولا جواز شرعى كالحفر فى ملك الغير أو الطريق العام، ونحو ذلك.

---

(١)- ووجهة الفقه الحنفي قريبة من ذلك . راجع ماتقدم من وجهة الفقه الحنفي.

(٢)- وهذا - أي : مظنة قصد الإضرار - يختص بالفقهين : المالكى ، والحنبلى .

(٣)- ونقل عن بعض المالكية مثل ذلك عند جوابه عن بعض النوازل . انظر : حاشية الرهونى (١٦٨/٨).

وقد يكون – أى : التعدى – بعدم الفعل تقصيراً فى بذل العناية الواجبة: كمن يؤجج ناراً فى ملكه ، أو يسقى أرضه ، وينام تاركًا النار مؤججة ، والماء مفتوحًا ، فيحصل التلف بذلك وهو نائم، فإنه يضمن لعدم بذله العناية الواجبة عليه من التيقظ والانتباه حتى لا تتعدى النار والماء إلى حق الغير وملكه المعصوم ، فيحصل التلف .

وبذلك نكون قد فرغنا من بيان التعدى وحده، ونعرض فيما يلى للتعسف .

ثانيًا : التعسف :

سبق أن تناول البحث التعسف فى استعمال الحق بشيء من التفصيل ، وذلك بما مؤداه أن حقيقه التعسف هي : استعمال الحق على وجه الإخلال بمقصود الشرع (أى : على وجه الإخلال بالمصلحة) .

وأن الإخلال بهذا المقصود يتأتى : إما بالقصد إلى ذلك – ابتداء – بحيث يكون الباعث على استعمال الحق هو الإضرار . هكذا مناقضة لقصد الشارع الذى هو منع الضرر .

وإما باستعمال الحق استعمالاً يؤول – فى نهاية الأمر – إلى وقوع الضرر .

وبناء عليه فإنه يندرج التعسف تحت التعدى بمعناه الواسع ، حيث إن التعدى – كما ظهر – مفهومه – فى الفقه الإسلامى – يشتمل على معانى ثلاثة ، منها هذان المعنيان اللذان يعبر عنهما بالتعسف .

ومعنى ذلك أن التصرف – المأذون فيه – المخل بالمصلحة إذا كان إخلاله على وجه التعسف، فإنه يعد من الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه ،

وبوجوب ضمان ما تولد عنه ؛ إذ إن هذا الإخلال فى الحقيقه إخلال على وجه التعدى - بالمعنى الواسع للتعدى - لا بمقتضى الحق.

هذا لأن الحق الفردى فى الفقه الإسلامى مقيد ، وغائى ، علاوة على أنه ذو صفة اجتماعية : مقيد بأن لا يضر صاحبه غيره فرداً ، أو جماعة ، قصداً ، أو بدون قصد : فيما لو كان مآل استعمال هذا الحق حصول الضرر والمفسدة .

وغائى ؛ لأنه منح وأقر من أجل تحقيق غاية ، هى جلب مصلحة معينة، مطلوب إلى صاحب الحق أن يعمل على تحقيقها وتوخيها.

فإذا اتخذ صاحب الحق حقه هذا وسيلة لتحقيق غرض يتنافى مع ما شرع له الحق من غاية ، سلبت عنه صفة المشروعية، وأصبح هو وجميع لوازمه من الأفعال غير مشروع (أى : تعدياً) .

وعلى هذا فإنه يكون من المناسب بيان حدود التعسف التى يثبت بها حتى يمكن الحكم على التصرف المأذون فيه بأنه كذلك (أى : من التعسف)، ومن ثم الحكم بأن ما ترتب عليه من الإخلال بالمصلحة ضرر معتبر ممنوع منه، وواجب ضمان ما تولد عنه .

وحدود التعسف - كما يراها الباحثون المعاصرون - يمكن إجمالها فى حدين رئيسين : **أحدهما** ذاتى أو شخصى ؛ لأنه يرجع إلى النظر فى العوامل النفسية التى حركت إرادة ذى الحق إلى التصرف بحقه، من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة .

والثانى موضوعى يعتمد على أمور مادية ترجع إلى مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، ووسيلة ذلك الموازنة ، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة ، أو راجحة عليها ،

منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض ، والحق الفردى مع المصلحة العامة من باب أولى (١) .

ونتناول هذين الحدين بالتفصيل فيما يلي :

- أما الحد الأول فهو ذو شقين :

أ- **الأول** : تمحض قصد الإضرار.

ب- **الثاني**: الباعث غير المشروع .

أولاً : تمحض قصد الإضرار:

سبق أن بينا أن بعض العلماء نص على هذا الحد صراحة، فقد قال ابن رجب في شرحه لحديث «لا ضرر ولا ضرار» :«المراد - أى : بالضرر الممنوع منه - إلحاق الضرر بغير حق ، وهذا على نوعين أحدهما : أن لا يكون فى ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير ، فهذا لا ريب فى قبحه وتحريمه» (٢) .

فالنص مصرح فيه بأنه إذا لم يكن فى استعمال الحق غرض سوى الضرربالغير (أى : تمحض قصد الإضرار»، فإن ذلك مقطوع بقبحه وحرمته، وأنه يكون تصرف كهذا ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم من غير التفات إلى أنه تصرف مأذون فيه بمقتضى حق ؛ لأنه - حينئذ - تسلب عنه صفة المشروعية لمنافاته لما شرع له الحق من غاية .

ويقول الشاطبى مبيناً أوجه استعمال الحق : « والثانى - أى الوجه الثانى من وجوه استعمال الحق - أن يلزم عن ذلك ضرر ، وهذا الثانى

---

(١)- انظر : نظرية التعسف فى استعمال الحق للدكتور فتحى الدرينى (٢٤٢).

(٢)- جامع العلوم والحكم (٢٩٩).

ضربان ، أحدهما : أن يقصد الجالب - للمصلحة -، أو الدافع- للمفسدة - ذلك الإضرار : كالمرخص فى سلعته قصداً لطلب معاشه، وصحبه قصد الإضراربالغير . . . ،

فلا إشكال فى منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار ؛ لثبوت الدليل على أنه : « لاضرر ولا ضرار فى الإسلام » .

لكن يبقى النظر فى هذا العمل الذى اجتمع فيه قصد نفع النفس، وقصد إضرار الغير : هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه؟ أم يبقى على حكمه الأصلى من الإذن ، ويكون عليه إثم ما قصد؟

والجواب : هو أنه إذا انتقل إلى وجه آخر فى استجلاب تلك المصلحة ، ودرء تلك المفسدة - حصل له ما أراد ، فإن كان كذلك فلا إشكال فى منعه من الوجه الأول ؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار ، فلينقل عنه ، ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار » [١] .

فحيث يكون الفعل المأذون فيه غير مقصود به إلا الإضرار، فإنه يعتبر تعسفًا فى استعمال الحق، وينظر إلى ما يترتب عليه من الضرر على أنه ضرر معتبر يحكم بمنعه .

كذلك فإنه قد أورد الفقهاء فى كتبهم فروعًا تطبيقية لهذا الحد[٢] .

فمن هذه الفروع فى **الفقه الحنفى** ما ذهب إليه أبو يوسف من منع من يستعمل حقه بقصد الإضرار بغيره ، فقد جاء فى كتاب الخراج مانصه :

---

(١)- الموافقات (٢/ ٣٤٨، ٣٤٩).

(٢)- أورد الدكتورالدرينى فى مؤلفه «نظريةالتعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى »جملة من هذه الفروع ، ولا بأس من الإشارة إلى بعضها مع إضافة بعض آخر إليها .

« وسألت – يا أمير المؤمنين – عن الرجل يكون له النهر الخاص فيسقى منه حرثه ونخله وشجره فينفجر من ماء نهره فى أرضه فيسيل الماء من أرضه إلى أرض غيره فيغرقها . هل يضمن ؟ قال : ليس على رب النهر فى ذلك ضمان من قبل أن ذلك فى ملكه ، وكذلك لو نزت أرض هذا من الماء ففسدت ، لم يكن على رب الأرض الأولى شيء ، وعلى صاحب الأرض التى غرقت ، ونزت أن يحصن أرضه .

ولا يحل لمسلم أن يتعمد أرضًا لمسلم أو ذمى بذلك ليهلك (ليغرق) حرثه فيها ، يريد بذلك الإضرار به ؛ فقد نهى رسول الله – ﷺ – عن الضرار ، وقد قال : « ملعون من ضار مسلماً ، أو غيره ، ملعون » ، وعمر بن الخطاب – رضى الله تعالى عنه – كتب إلى أبى عبيدة يأمره أن يمنع المسلمين من ظلم أهل الذمة .

وإن عرف أن صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للإضرار بجيرانه ، والذهاب بغلاتهم ، وتبين ذلك فينبغى أن يمنع من الإضرار بهم »[١] .

ومن هذه الفروع فى **الفقه المالكى** ماجاء فى تبصرة الحكام . قال ابن فرحون : « وإما إحداث بناء يمنع الضوء والشمس والريح ، فاختلف فيه : هل يمنع أو لا ؟ وفى « المتيطية » : لا يمنع إلا أن يكون أظلم عليه ، وأما إن أحدثه ضرراً لجاره فإنه يمنع منه ، وقد تقدم ذلك فى كلام ابن عتاب »[٢] .

ومن هذه الفروع فى **الفقه الشافعى** ما جاء فى الروضة . قال النووي :

---

(١)- الخراج لأبى يوسف (٩٩) ضمن مجموعة كتب الخراج . ط : دار المعرفة بيروت . وقد نص على هذا الفرع فى نظرية التعسف (٢٤٥).

(٢)- تبصرة الحكام (٢/ ٢٥٧).

« لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً ، أو اصطبلا ، أو طاحونة، أو حانوته في صف العطارين حانوت حداد، أو قصار على خلاف العادة ففيه وجهان ...، ولو اتخذ داره مدبغة ، أو حانوته مخبزة حيث لا يعتاد ، فإن قلنا : لا يمنع في الصورة الأولي ، فهنا أولى ..، واختار الروياني في كل هذا : أن يجتهد الحاكم فيها ، ويمنع إن ظهر له التعنت ، وقصد الفساد (أي : قصد الإضرار) »[1] .

ومن هذه الفروع في **الفقه الحنبلي** ماجاء في كشاف القناع من أن صاحب الحائط الذي يستتر ملك جاره به لا يملك هدمه دون عذر قوي ، أو غرض صحيح، فالحق في التصرف – هنا – مقيد بألا يعود على غيره بالضرر ، واستعماله دون غرض صحيح مظنة قصد الإضرار فيمنع . أما إذا كان له غرض صحيح ، فله ذلك ؛ لانتفاء قصد الإضرار ؛ ولأنه إذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه، فمنعه من تحصيلها مضرة، « والضرر لا يزال بالضرر »[2] .

وهكذا فإنه يثبت أن استعمال الحق بنية قصد الإضرار يعد تعسفاً ممنوعاً منه، وأن ما يترتب على ذلك من الإخلال بمصلحة الغير يعتبر من الضرر الذي يحكم بمنعه وبضمان ماتولد عنه .

على أنه لصعوبة تبين هذه النية – باعتبار أنها عمل قلبي ليس يمكن لأحد الاطلاع عليه إلا الله – عز وجل – فإنه يستدل عليها بقرائن الحال المصاحبة لهذا الاستعمال ، ومن ذلك : أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه ، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره، فيمنع ؛ لأن ذلك قرينة على

---

(١)- الروضة (٥/ ٢٨٥).

(٢)- كشاف القناع (٣/ ٤١٢). وقد نص على هذا الفرع في نظرية التعسف (٢٥٠).

تمحض قصد الإضرار ، ويمنع من باب أولى إذا استعمل حقه على وجه سلبى بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه – مثلا – إذا ترتب على هذا الارتفاق نفع لكليهما : كما جاء فى قضاء عمر – رضى الله عنه– فى قضية محمد بن مسلمة (١) .

وهذا الأصل يقرره صاحب « البهجة شرح التحفة » ، فيمنع المالك من استعمال حقه إذا لم يكن له فى ذلك مصلحة من جلب نفع، أو دفع ضرر؛ لأن تصرفا كهذا : إما إن يكون عبثًا ، وإما يكون لقصد الإضرار، وكلاهما لم يشرع استعمال الحق من أجله، فهو محض تعسف ، وذلك حيث يقول : « وأما لو كانت فى أرضه شجرة، فخرجت عروقها لأرض جاره، فنبتت وصارت شجراً مثمراً، فإن من نبتت فى أرضه مخير بين أن يقلعها ، أو يعطيه قيمتها مقلوعة، إلا أن يكون لصاحب الشجرة منفعة لوقلعها وغرسها بموضع آخر لنبتت ، فله قلعها وأخذها ، وإن كانت لا منفعة له فيها، ولا مضرة عليه فيها، فهى لرب الأرض » (٢) .

وأيضا فإنه يستدل على نية قصد الإضرار بالغير عند استعمال الحق – فيما لو كان للمستعمل مصلحة من جلب نفع أو دفع ضرر – بأنه يمكنه أن لو انتقل إلى وجه آخر من الاستعمال جلب هذه المصلحة بدون أن يقع ضرر بالغير ،على أنه يصر على استعمال الحق من هذا الوجه الذى يلحق بسببه الضرر بالغير . فمثل هذا يعد تعسفًا ويمنع منه ؛ لأنه قد ثبت تمحض قصد الإضرار بتلك القرينة، قرينة : أن لو انتقل إلى وجه آخر من الاستعمال لأمكنه جلب هذه المصلحة ، بدون أن يقع ضرر بالغير .

---

(١)- سبق ذكر ذلك .

(٢)- البهجة شرح التحفة (٢/ ٣٤٢) ، وانظر : نظرية التعسف (٢٤٦، ٢٤٧).

وقد أشار إلى هذا الشاطبى فى «موافقاته» ، وكذلك صاحب «التحفة» .

فأما الشاطبى فحيث يقول فى مثل هذه الصورة : «أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل – أى : هذا الوجه من الاستعمال الذى لحق بسببه ضرر بالغير – وانتقل إلى وجه آخر فى استجلاب تلك المصلحة ..، حصل له ما أراد ؛ أو لا ، فإن كان كذلك ، فلا إشكال فى منعه منه – أى فى منعه من هذا الوجه من الاستعمال الذى يضر – ؛ لأنه لم يقصد هذا الوجه إلا لأجل الإضرار ، فلينقل عنه، ولا ضرر عليه ، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار» [١] .

وهذا بخلاف مالو لم يكن له محيص عن تلك الجهة من الاستعمال– أى التى يستضر بها الغير – . قال الشاطبي : «وإن لم يكن له محيص عن تلك الجهة التى يستضر منها الغير ، فحق الجالب – مقدم ، وهو ممنوع من قصد الإضرار، ولا يقال إن هذا تكليف بمالا يطاق ، فهو إنما كلف بنفى قصد الإضرار ، وهو داخل تحت الكسب، لا بنفى الإضرار بعينه » [٢] .

وأما صاحب «التحفة» فحيث يقول : « إن حفر البئر – أى : فى ملكه – إذا كان يضر بجدار جاره ، فإنه يمنع منه ، وأما إذا كان لا يضر بالجدار وإنما يضر ببئر جاره فى تقليل مائها ، أو إعدامه بالكلية ففيه أقوال، صدر فى «الشامل » فى باب «الموات» بعدم منعه ، وهو قول أشهب ، وروايته عن مالك ، قال : لأنه قد أضر به تركه كما أضر بجاره حفره ، فهو أحق أن يمنع جاره من أن يضر به فى منعه من الحفر ، وعليه اقتصر ابن

---

(١)- الموافقات (٢ / ٣٤٩).

(٢)- السابق .

شاس ، وابن الحاجب . . . . ، واستظهره ابن عبد السلام – أيضًا – قائلاً : لأن ضررهما متقابل ، ويترجح جانب من أراد الإحداث بأنه تصرف فى ملكه .

وأما إن وجد عنه مندوحة ولم يتضرر بترك حفره ، فلا يمكن من حفره ؛ لتمحض إضراره بجاره – حينئذ– » (١) .

فحيث يجد عن هذا الوجه من الاستعمال – الذى يلحق الضرر بالغير – مندوحة – أى : سعة – : بأن كان يمكنه الانتقال إلى وجه آخر لجلب نفس المصلحة – فلا يتضرر ، ولا يضر بغيره – ويصر على الاستعمال من الوجه الذى يضر بالغير ، فلا يمكن من هذا الوجه من الاستعمال ؛ لأنه يكون تعسفًا ممنوعا منه فى الحكم ؛ لتمحض قصد الإضرار بغيره .

وحينئذ فإنه يكون ما ترتب على هذا التصرف المأذون فيه من الإخلال بمصلحة الغير ضرراً معتبراً يحكم برفعه وإزالته ؛ ذلك أنه إخلال بغير حق .

وبهذا تكون قد اتضحت معالم هذا الشق الأول : شق تمحض قصد الإضرار ، الذى يمثل عنصراً رئيساً فى الحد الأول الذى يحد به التعسف ، بحيث إذا قامت القرائن لتفيد أن المقصود من استعمال الحق إنما هو تمحض قصد الإضرار بالغير ، كان هذا الاستعمال – على أنه مأذون فيه – تعسفاً مثله يمنع منه فى الحكم ، و يكون ما ترتب عليه من الإخلال بمصلحة الغير ضرراً معتبراً تحكم الشريعة بأنه يزال .

---

(١)- البهجة شرح التحفة (٢/ ٣٣٦).

أما الشق الثانى الذى يتكون منه هذا الحد فنتناوله فيما يلى :

ثانياً : استعمال الحق فى غير المصلحة التى شرع من أجلها :

رأينا – فيما تقدم – أن الأساس الذى يقوم عليه التعسف هو مناقضة قصد الشارع فى تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل .

وهذا المعنى يكون حاصلاً حالة استعمال الحق فى غير الغرض ، أو المصلحة التى لأجلها شرع ؛ لأن قصد ذى الحق فى العمل – هنا – مضاد لقصد الشارع فى التشريع .

ولما كانت معاندة قصد الشارع عيناً باطلة ، فإنه يكون باطلا كل ما أدى إلى ذلك ولا خلاف بين العلماء فى هذا ؛ لأنه تحيل على المصالح التى بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها (١) .

فمثلاً حق الزوج فى ولاية تأديب زوجه الناشز بالضرب غير المبرح (٢) لغاية وحكمة هى : تهذيب المرأة ، وحملها على الطاعة ، وإصلاح نشوزها ، فإذا استعمل الزوج هذا التأديب فى غير ما شرع له : كأن يريد الانتقام ، أو الحمل على معصية ، أو إكراه المرأة على الإنفاق من مالها فى وجه لا تراه – كان فعله تعسفاً غير مشروع ؛ لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التى شرع من أجلها .

---

(١) – انظر : نظرية التعسف (٢٥٢) ، والموافقات (٢/ ٣٣٣،وما بعدها) .

(٢) – الضرب غير المبرح – كما قال جمهور الفقهاء – هو « الذى لا يكسر عظماً ، ولا يشين جارحة » . ومثل هذا الضرب يجوز إذا حصل للزوج غلبة ظن بأنه يصلح نشوزها ، على أنه ينبغى أن لا يكون على الوجه لورود النهى عن ذلك .

وهذا بخلاف الضرب المبرح الذى « يخشى منه تلف نفس أو عضو » فإنه يحرم .

انظر : البدائع (٢/ ٣٣٤) ، وجواهر الإكليل (١/ ٣٢٨) ، وأسنى المطالب مع حاشية الرملى عليه (٣/ ٢٣٩) .

قال في البدائع : « فإن هجرها ، فإن تركت النشوز وإلا ضربها – عند ذلك – ضرباً غير مبرح ، فإن نفع الضرب ، وإلا رفع الأمر إلى القاضي يوجه إليهما حكمين : حكماً من أهله ، وحكماً من أهلها [1] ».

ومعنى هذا : أن الضرب يكون حيث ينفع ، وذلك بأن يترتب عليه ما شرع لأجله من تهذيب للمرأة ، وحملها على الطاعة ، وإلا فإنه لا يضرب ، ويرفع الأمر إلى القاضي ؛ لأن الضرب حينئذ يكون تعسفاً في استعمال الحق .

وفي جواهر الإكليل : أنه إذا تحقق الزوج ، أو ظن عدم إفادة الضرب ، أو شك فيها – أي : في وسيلة الضرب – فلا يضربها « لأن الوسيلة إذا لم يترتب عليها المقصود لا تشرع » [2] .

وهذا ظاهر في الدلالة على أن حق التأديب بالضرب شرع وسيلة للإصلاح ، فإذا لم يمكن به الإصلاح سلبت عنه صفة المشروعية ، ومن ثم فإن استعماله يكون تعسفاً ممنوعاً منه .

وفي أسنى المطالب : « وإنما يضربها إن أفاد ضربها في ظنه ، وإلا فلا يضربها » [3] .

وفي حاشية الشهاب الرملي على أسنى المطالب : « فإن علم أن التأديب لم يحصل إلا بالمبرح ، لم يكن له المبرح ولا غيره » [4] . ووجه الدلالة في هذا : أنه إن علم أن التأديب لا يحصل إلا بالمبرح لم يكن له

---

(١) – البدائع (٢/ ٣٣٤) .

(٢) – جواهر الإكليل (١/ ٣٢٨) .

(٣) – أسنى المطالب (٣/ ٢٣٩) .

(٤) حاشية الشهاب الرملي على أسنى المطالب (٣/ ٢٣٩) .

استعمال غيرالمبرح (وهو الضرب المأذون فيه) ؛ لتقاعده عن تحصيل مقصوده . فإذا باشر ولاية التأديب بالضرب مع علمه هذا كانت هذه المباشرة منه تعسفاً ممنوعاً .

وكل ما قيل فى « تأديب الزوجة » من وجوب استعمال الحق فيما شرع من أجله، وأنه إذا استعمل لتحقيق غرض غير مشروع كان تعسفياً ، فلا يجوز - يصلح أن يقال مثله فى تأديب الصغار .

وفى هذا يقول العز بن عبد السلام : «فإن قيل : إذا كان الصبى لا يصلحه إلا الضرب المبرح ، فهل يجوز ضربه تحصيلاً لمصلحة تأديبه ؟ قلنا : لا يجوز ذلك ، بل لا يجوزأن يضربه ضرباً غير مبرح ؛ لأن الضرب الذى لايبرح مفسدة ، وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب ، فإذا لم يحصل التأديب سقط الخفيف ، كما يسقط الضرب الشديد ؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد »[1] .

والحاصل : أن استعمال الحق فى غير المصلحة التى شرع من أجلها - مع أنه استعمال مأذون فيه -يعد تعسفاً ، فيمنع منه .

وبناء عليه فإنه يكون ما ترتب على ذلك من الإخلال بمصلحة الغير ضرراً معتبراً بحكم برفعه وإزالته ؛لأنه إخلال بغير حق .

وبهذا تكون قد ظهرت - أيضاً - معالم هذا الشق الثانى : شق استعمال الحق فى غير المصلحة التى شرع من أجلها ، الذى يمثل عنصراً ثانياً رئيساً فى تكوين الحد الأول الذى يحد به التعسف ، بحيث إذا أفادت القرائن أن استعمال الحق كان لغير ما شرع له من غاية ، فإنه يعد

---

(١) - قواعد الأحكام (١/ ١٢١) .

هذا الاستعمال فى النظر الشرعى – على أنه مأذون فيه – تعسفاً مثله يمنع منه فى الحكم ، وبالتالى يكون ما ترتب عليه من الإخلال بالمصلحة ضرراً معتبراً يحكم برفعه وضمان ما تولد عنه ؛ لثبوت أنه إخلال بغير حق .

وهكذا فإنه يكون قد اتضح الحد الأول – بشقيه – الذى يحد به التعسف ، وأما الحد الثانى ، وهو الحد الموضوعى للتعسف ، فنعرض له فيما يلى :

- **الحد الثانى للتعسف** : الاختلال البين فى توازن المصالح (أى : انعدام التناسب).

لم تقتصر الشريعة فى تحديدها للتعسف على الحد الذاتى الذى تقدم ذكره ، بل أقرت إلى جوار ذلك حداً آخر موضوعياً قوامه النظر إلى مدى التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة ، وذلك تحقيقاً لمبدأ العدل الذى يهدف الفقه الإسلامى إلى إرساء قواعده وتثبيت دعائمه .

فاستعمال الحق على وجه يخل بهذا التوازن : بأن يجعل التفاوت شاسعاً بين المصلحة التى يبتغيها صاحب الحق ، والمفسدة التى تترتب على ذلك –يصبح غير مشروع ، سواء أكانت المفسدة (أى : المضرة) اللازمة عن ذلك لاحقة بالفرد أم بالجماعة .

ويفيدالنظر أن هذا الحد الثانى للتعسف ينطوى على ثلاثة عناصر :

الأول : الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما إطلاقاً .

الثانى : الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره .

الثالث : الضرر العام اللاحق بالمجتمع ، أو بقطر من أقطاره ، أو بأهل بلد من ذلك القطر ، أو بأهل حى من ذلك البلد ، أو بجماعة عظيمة منهم – من جراء استعمال الحق الفردى .

فهذه العناصر الثلاثة هى التى يتكون منها هذا الحد للتعسف : حد اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (١) .

ويلاحظ – هنا – أن هذا الحد الموضوعى للتعسف – بعناصره الثلاثة – ينظر إلى ثمرة استعمال الحق ونتيجته فى حد ذاتها ، وأن أصل ذلك هو هذه القاعدة الأصولية : قاعدة النظر إلى مآلات الأفعال ، والتى تفرع عنها مبدأ سد الذرائع ، والاستحسان ، والاستصلاح .

ويفصل الدكتور الدرينى صاحب « نظرية التعسف » القول فى هذه العناصر الثلاثة التى يتكون منها هذا الحد ، وذلك على هذا النحو :

أولا – انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق ، والضرر اللاحق بغيره من الأفراد ، ففى هذا العنصر لا يتمحض قصد صاحب الحق للإضرار، بل قد تكون له مصلحة مشروعة ، ولكن من مقتضى العدالة أن يسأل الغير صاحب الحق ؛ تبريراً لهذا الضرر الذى يتوقع أن يصيبه ، أو يكون قد أصابه بالفعل من جراء استعماله لحقه ، حتى إذا وجد أن تلك المصلحة العائدة لذى الحق من التفاهة أو الضآلة بحيث لا يستقيم فى ميزان العدل أن يتحمل الغير تلك الأضرار من أجلها – أضحت غير مشروعة ، وبالتالى لا يباح التسبب أو استعمال الحق من أجل تحقيقها ؛ بالنظر إلى هذا التفاوت بين المصلحة المتوخاة والمفسدة اللازمة عنها ، وإذا كان قد تسبب فى إيجادها فعلاً، فإن مسئوليته تثور بالنسبة إلى هذه الأضرار .

---

(١) – انظر : نظرية التعسف فى استعمال الحق (٢٦٤ , ٢٦٥) .

وهذا التوازن قد حرص التشريع الإسلامى على إقامته ، وجعل ضابط المشروعات غلبة المصلحة على المفسدة (١) ، فالاختلال البين الذى ترجح فيه المفسدة رجحاناً كبيراً يتناقض وهذا الضابط المعهود فى الشرع ، ومن ثم يكون علة فى تحقق التعسف ، أو مناقضة قصد الشارع (٢) .

وعلى هذا فإنه يكون من التعسف الممنوع منه استعمال الحق على وجه يترتب عليه اختلال بين فى توازن المصالح بمعنى أن تكون المصلحة العائدة لذى الحق – نتيجة هذا الاستعمال – من الضآلة بحيث لا يستقيم فى ميزان العدل أن يتحمل الغير الإخلال بمصالحه من أجلها .

ومن ثم فإنه يكون هذا الإخلال بمصالح الغير – الذى قد وقع من جراء ذلك الإستعمال للحق – ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ؛ لأنه إخلال بغير حق

ونوذر بعضاً من التطبيقات على ذلك فيما يلى (٣) :

فمن ذلك ما جاءت به السنة من قضاء رسول الله – ﷺ – على سمرة بن جندب بقلع نخلته (٤) ؛ دفعاً للضرر الأشد بالأخف ، وهذا لا يمنع من التعويض بأخذ القيمة .

---

(١) – انظر : الموافقات للشاطبى (٢/ ٣٥٠ ، وما بعدها) فى تقريره هذا الضابط ، وأنه ثابت بالاستقراء، وما أتى به من فروع فقهية تبين ذلك .

(٢) – على أن هذا العنصر – وإن كان موضوعيًا بحسب الأصل – إلا أن تفاهة المصلحة بالنسبة للضرر الذى يصيب الغير – قد تتخذ قرينة على قصد الإضرار . انظر : نظرية التعسف فى استعمال الحق (٢٦٦) .

(٣) – نقل الدكتور الدرينى عن المذاهب الفقهية عدداً من الفروع التطبيقية التى تشير إلى ذلك ، نذكر بعضاً منها مع إضافة البحث لبعضها الآخر .

(٤) – تقدم ذكر ذلك .

فسمرة كان يستعمل حقه فى الدخول إلى نخلته التى فى بستان الصحابى الآخر وليس من شك فى أن ذلك ينطوى على نوع مصلحة له ، على أن البستان فيه عيال الصحابى الآخر وأهله (أى : نساؤه) ، فكان استعمال الحق فى الدخول يترتب عليه أذى ومضرة لهذا الصحابى وأهله ؛ لأن من شأن النساء فى البستان إلقاء بعض الثياب ، والانتشار فى حوائجهن، ودخول سمرة ليس يلزم له استئذان ؛ لأنه يستعمل حقه ، فيطلع على النساء وهن كذلك ، ولو قلنا : إنه يجب على النساء أن يتحفظن فى الانتشار واللبس فى مثل بستانهن - وهو بيتهن - توقعاً لدخول سمرة ، لكان ذلك مشقة عظيمة عليهن ، وضرراً بالغاً .

ومن ثم فإنه يكون استعمال مثل هذا الحق تعسفاً يحكم بمنعه ؛ إذ ليس يستقيم فى ميزان العدل أن يتحمل الصحابى وأهله تلك الأضرار من أجل تحصيل مصلحة كهذه ، بخاصة بعد أن عرض النبى - ﷺ - على سمرة هذا العدد من الحلول العادلة فرفضها .

ومعنى هذا : أن ما يترتب على هذا الاستعمال من الإخلال بمصلحة الغير يكون ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ؛ لأنه إخلال لا يقره العدل الذى جاءت به الشريعة ، أو بعبارة أخرى: لأنه إخلال على غير وجه الحق .

على أنه يلاحظ : أن فى الحكم على سمرة بقلع نخلته ضرراً ، لكنه ضرر يسير بالنسبة إلى ضرر صاحب البستان وأهله ، فيتحمل دفعاً للضرر الأعظم : ضرر صاحب البستان .

وفى هذا يقول ابن قيم الجوزية :

« إن كان عليه - أى : على صاحب الشجرة - فى ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها فى بستانه أعظم ، فإن الشارع يدفع أعظم

الضررين بأيسرهما ، فهذا هـو الفقـه والقيـاس والمصلحـة ، وإن أبـاه مـن أبـاه » [١] .

وقريب من هذا المعنى ما جاء فى « التمهيد » لابن عبد البر .

قال ابن عبد البر : « فإن أدخل على أخيه ضرراً بفعل ما كان له فعله فيما له ، فأضر فعله ذلك بجاره أو غير جاره ، نظر إلى ذلك الفعل ، فإن كان تركه – أى ترك الفعل من غير منع – أكبر ضرراً من الضرر الداخل على الفاعل ذلك فى ماله إذا قطع عنه ما فعله ، قطع أكبر الضررين و أعظمهما حرمة فى الأصول ، مثال ذلك : رجل فتح كوة يطلع فيها على دار أخيه – وفيها العيال والأهل – ، و من شأن النساء فى بيوتهن إلقاء بعض ثيابهن ، والانتشار فى حوائجهن ، ومعلوم أن الاطلاع على العورات قد ورد فيه النهى ألا ترى أن رسول الله – ﷺ – قـال لرجل اطلع عليـه من خـلال باب داره : « لو علمت أنك تنظر ، لفقأت عينك ، إنما جعل الإستئذان من أجل النظر » [٢] .

وقد جعل جماعة من أهل العلم مثل هذا هدراً للأحاديث الواردة بمعنى ما ذكرت لك ، وأبى ذلك آخرون ، وجعلوا فيه القصاص ، منهم مالك ، وغيره .

فلحرمة الاطلاع على العورات ، رأى العلماء أن يغلقوا على فاتح الكوة والباب فتح ما له فيه منفعة وراحة ، وفى غلقه عليه ضرر ، لأنهم قصدوا إلى قطع أعظم الضررين – إذا لم يكن بد من قطع أحدهما » [٣] .

---

(١) – الطرق الحكمية ٣٤٩ . ط : مكتبة المدنى ، تحقيق الدكتور : محمد جميل غازى .

(٢) – تقدم تخريجه .

(٣) – التمهيد لابن عبد البر (٢٠/ ١٦٠ , ١٦١) .

ومن ذلك - أيضاً - ما جاء في قسمة الملك : فلو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقي للآخر ، وطلب صاحب الأكثر القسمة ، أجيب في الأصح،وإن كان فيه ضرر شريكه ؛دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفهما (١) .

ومن ذلك : أنه لو غصب ساجة فأدخلها في بنائه انقطع حق المالك - كما يقول الكرخي - إذا كانت قيمة البناء أكثر ، ويضمن الغاصب قيمتها ؛ دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفهما (٢) ، كما هي قاعدة الشريعة .

والحاصل من كل هذا الذي تقدم : أنه يعتبر استعمال الحق تعسفاً إذا ترتب عليه إخلال بمصلحة الغير وكانت المصلحة العائدة من الاستعمال ضئيلة بالنسبة إلى ذلك الإخلال بمصلحة الغير .

وبناء عليه فإنه يكون مثل هذا الإخلال بالمصلحة - الواقع من جراء استعمال الحق على هذا الوجه - ضرراً معتبراً يحكم بمنعه ، وبضمان ما تولد عنه ؛ لأنه إخلال على غير وجه الحق والعدل .

وبهذا يكون قد تحدد رسم هذا العنصر الأول الذي يمثل أحد المكونات الثلاثة للحد الموضوعي الذي يثبت به التعسف .

أما العنصر **الثاني** : عنصر الضرر الفاحش الذي يلحق بالغير من جراء استعمال الحق فقد سبق الكلام عليه من جهة بيان حدوده، ووجهات مذاهب الفقه بخصوص ذلك .

---

(١) - الأشباه والنظائر للسيوطي (٨٧) .

(٢) - انظر : مجمع الضمانات (١٣٥) ، وغمز عيون البصائر للحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٨٣/١) .

وجملة القول فى هذا العنصر : أن اختلال التوازن بين المصالح الفردية - بحيث يؤدى تحصيل إحداها إلى إلحاق الضرر الفاحش بالأخرى - يكون سبباً - فى حد ذاته - فى منع المتصرف بحقه ؛ دفعاً لهذا الضرر ، حتى إذا وقع كان موقعه مسئولاً عن رفعه تعويضاً ، مع قطع سببه ؛ ليمنع استمراره فى المستقبل (١) .

وأما العنصر **الثالث** من مكونات هذا الحد الموضوعى الذى يحد به التعسف : عنصر تعارض المصالح العامة مع الخاصة - فإنه يبدو فيه هذا الاختلال - فى التوازن بين المصالح - بصورة أوضح ، فالأولى عامة تمس قطاعاً كبيراً من الناس ، ومن ثم فإنه يكون الإخلال بها ضرراً كبيراً للحوقه بهذا القطاع ، والثانية خاصة تتعلق بفرد ، وذلك معناه : أن الإخلال بها للحفاظ على المصلحة العامة يكون ضرراً يسيراً لتعلقه بفرد واحد (هكذا بالقياس إلى لحوق الضرر بالعامة) وهنا تعمل قاعدة « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام » ، فيمنع الفرد من استعمال حقه - على أنه يتوخى المصلحة المشروعة التى قرر حقه من أجلها - وذلك دفعاً للضرر العام : كما فى تلقى السلع ، وبيع الحاضر للبادى ، والعلة فى المنع مجرد النتيجة المترتبة على التصرف - من لحوق الضرر بالعامة - سواء أكانت واقعة فى الحال ، أو محققة الوقوع فى المستقبل ؛ إذ ليس يلتفت فى تقدير الضرر العام إلى القصد والبواعث النفسية .

وهكذا تكون قد اتضحت معالم تلك العناصر الثلاثة التى يتكون منها الحد الثانى للتعسف ، ذلك الحد الموضوعى الذى قوامه النظر إلى مدى التوازن أوالتناسب بين المصالح المتعارضة، بحيث إذا استعمل الحق

---

(١) - انظر : نظرية التعسف فى استعمال الحق (٢٨٠) .

على وجه يخل بهذا التوازن : بأن يجعل التفاوت شاسعاً بين المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق والمفسدة التي تترتب على ذلك – فإنه يكون تعسفاً، سواء أكانت المفسدة (أى : المضرة) اللازمة عن مثل هذا الاستعمال لاحقة بالفرد أو بالجماعة .

وبناء عليه فإنه يعد الإخلال – الواقع من جراء هذا الاستعمال – بمصلحة الغير : فرداً كان أو جماعة – ضرراً معتبراً يحكم بمنعه ، حتى إذا وقع كان موقعه مسئولا عن رفعه ، و ضمان ما تولد عنه لأنه إخلال بغير حق .

خاتمة القول في التعسف :

وبعد هذا العرض للتعسف في استعمال الحق فإنه يكون قد اتضح أن حقيقة التعسف هى : استعمال الحق على وجه الإخلال بمقصود الشرع (أى : على وجه الإخلال بالمصلحة) ، أو بعبارة أكثر وضوحاً : استعمال الحق فى غير ما شرع له .

وأنه لما كان مثل هذا الاستعمال غير مشروع بالنظر إلى ما فيه من التعسف ، فإنه ينبني عليه أن ما يقع – من جرّائه – من الإخلال بالمصلحة يعد من الضرر المعتبر الذى يمنع منه فى الحكم ، ويكون موقعه مطالباً برفعه ، وضمان ماتولد عنه .

وأنه لإثبات أن استعمال الحق على هذا الوجه تعسف ، لابد من تحقق أن هذا الاستعمال لم يكن هناك من باعث عليه إلا تمحض قصد الإضرار ، أو تحقيق مصالح غير مشروعة .

أو أن يكون هذا الاستعمال قد أحدث اختلالاً بيناً فى التوازن بين المصالح .

ذلك أن التعسف يحد بحدين ، **(أحدهما)** ذاتى أو شخصى ، وهذا ذو شقين ، هما :

أ – تمحض قصد الإضرار .

ب – استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها .

و **(الثانى)** : موضوعى يعتمد على أمور مادية ترجع إلى مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلة ذلك الموازنة ، فحيث يختل توازن المصالح اختلالاً بيِّنًا نتيجة استعمال الحق ، فإنه يكون هذا الاستعمال تعسفاً .

وهذا الحد يتكون من ثلاثة عناصر رئيسة هى : الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين ، والضرر الفاحش اللاحق بالغير من جراء استعمال الحق ، وأخيراً الضرر العام .

فإذا اشتمل استعمال الحق على أحد هذه العناصر كان تعسفاً ، أو بعبارة أخرى : إذا ترتب على استعمال الحق شيء من ذلك ، فإنه يكون مثل هذا الاستعمال تعسفاً . أى : استعمالاً غير مشروع ، وذلك دون التفات إلى أنه بمقتضى حق .

وبناء عليه فإنه يكون ما وقع –مِنْ جرائه – من الإخلال بالمصلحة ضرراً معتبراً ؛ لأنه إخلال بغير حق .

وبذلك نكون قد فرغنا من التعسف وحده ، ونعرض فيما يلى للإهمال .

ثالثاً : الإهمال :

تقدم بيان الإهمال بمعنى التقصير فى النظر المأمور به وعدم بذل

العناية والاحتياط الواجبين على الإنسان عند استعماله السلطة المخولة إليه بمقتضى الحق - مما يعبر عنه فى الفقه الإسلامى بالتعدى .

وحاصل هذا : أن ما ينبنى على استعمال الحق - على وجه الإهمل بالمعنى المذكور - من إخلال بمصلحة الغير يكون ضرراً معتبراً يحكم بمنعه ، وبضمان ما تولد عنه ؛ لأنه إخلال على وجه التعدى .

كذلك فإنه يرى بعض الباحثين المعاصرين أن استعمال الحق على وجه الإهمال ، أو مع الإهمال والخطأ يعد من قبيل التعسف الذى يكون به المتعسف مسؤولاً مسئولية تقصيرية .

جاء فى كتاب الفقه الإسلامى وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى فى القاعدة الخامسة من قواعد التعسف ، قاعدة : استعمال الحق مع الإهمال أو الخطأ - أنه « إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس ، وتثبت ، فاضر بالغير - وهذا ما يعرف بالخطأ - كان متعسفاً ، أو مسؤولاً مسئولية تقصيرية .

سواء أكان خطأ فى القصد : كما إذا رأى الصياد شبحاً من بعيد ، فظنه صيداً فأطلق عليه النار ، فإذا هو إنسان .

أو كان خطأ فى الفعل : كما إذا سدد الصائد الرمية على صيد ، فانحرفت ، وأصابت إنساناً أو تجاوزت الصيد إلى إنسان فقتلته .

فذلك كله إساءة فى استعمال الحق يترتب عليه تعويض الضرر الذى أصاب الغير ؛ لأنه كان يجب عليه التثبت ، والإنتباه أو الاحتراس فى كل من القصد والفعل ، فإذا قصر فى ذلك تحمل نتيجة فعله صوناً لدماء الناس وأموالهم » (١) .

---

(١) - الفقه الإسلامى وأدلته (٤/٣٦، ٣٧) .

إذاً فاستعمال الحق مع الإهمال يكون تكييفه فى الفقه الأسلامى : إما بأنه من التعدى (أى : بالمعنى الواسع للتعدى الذى سبقت الإشارة إليه) ، وإما بأنه من التعسف . هذا إن ارتضينا مذهب الباحثين المعاصرين الذى حاصله : أن التعدى يختص بالعمل بدون حق ولاجواز شرعى فى حين أن التعسف يجرى داخل دائرة الحق حيث العمل المشروع ، لكن هذا العمل يكون مشوباً بعيب –فى باعثه أو نتيجته –يسلب عنه صفة المشروعية . ومثل ذلك الخلاف فى تكييف الإهمال المصاحب لاستعمال الحق ليس يؤثر –هنا – على وجهة البحث التى ترى أن ما يترتب على إهمال كهذا من إخلال بمصلحة الغير – يكون ضرراً معتبراً يحكم بمنعه وبوجوب ضمان ما تولد عنه ؛ إذ إن محصلة اعتبار الإهمال فى استعمال الحق تعدياً ، أو تعسفاً – هى عدم مشروعية هذا الاستعمال ، فيكون استعمالاً غير مشروع ، ومن ثم يكون ما ترتب عليه من الإخلال بالمصلحة إخلالاً بغير حق .

ونورد فيما يلى بعض الفروع التطبيقية – من مذاهب الفقه – التى تبين أن الإخلال بالمصلحة نتيجة استعمال الحق على وجه الإهمال – يكون ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان .

أولا : الفقه الحنفى

قال فى مجمع الضمانات : « فتح الماء إلى كردته (أى : مزرعته) ، واشتغل بعمل آخر ، فلم يشعر حتى امتلأت ، وتجاوز الماء الحجاوم (أى : المسدات التى تمنع وصول الماء إلى أرض الغير) وأفسدت زرع جاره ضمن »[1] .

---

(١) – مجمع الضمانات (١٦٤) .

فاستعمال الحق : كفتح الماء إلى كردته ، لا شيء فيه ؛ إذ إن مشروعية ذلك أمر ثابت ، لكن لما كان هذا الاستعمال مشوباً بالإهمال وعدم بذل العناية والاحتياط الواجبين : كأن يشتغل بعمل آخر حيث يتجاوز الماء الحجاوم ويفسد زرع الغير – فإنه تسلب عنه صفة المشروعية ، ويكون ما ترتب عليه من إخلال بمصلحة الغير ضرراً معتبراً يحكم بمنعه ، وبوجوب ضمان ما تولد عنه ؛ لأنه إخلال بغير حق .

وقال – أيضاً – : « رجل أوقد تنوره ناراً ، فألقى فيه من الحطب مالا يحتمله التنور ، فاحترق بيته ، وتعدى إلى دار جاره فأحرق ، يضمن صاحب التنور »[1] ؛ ذلك أن صاحب التنور عند استعماله حقه في إيقاد النار قصر في النظر المأمور به حيث ألقى في التنور قدراً كبيراً من الحطب مثله لا يحتمله التنور.

وهذا التقصير في النظر المامور به عند استعمال الحق من الإهمال الذى يسلب صفة المشروعية عن ذلك الاستعمال ، ومن ثم فإنه يكون الإخلال – الواقع من جرائه – بمصلحة الغير ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان ؛ لأنه إخلال بغير حق .

ومن صورالإهمال في الفقه الحنفي التي تسلب صفة المشروعية عن الفعل المأذون فيه تلك الصورة : صورة التقصير في الحفظ . جاء في « مجمع الضمانات » بخصوص ما يضمنه الراعي والبقار وما لا يضمنه – أنه « إذا نام الراعي حتى ضاع بعضها – أى : بعض الغنم ، أو البقر – إن نام مضطجعاً كان ضامناً ، وإن نام جالساً وغاب البقرعن بصره كان ضامناً »[2] ؛ إذ إن هاتين الهيئتين من هيئات النوم تدلان – في الفقه

(١) – السابق (١٦١) .

(٢) – مجمع الضمانات (٣٢) .

الحنفى – على تقصير الراعى والبقار فى حفظ ما تحت أيديهما من الغنم والبقر ، ومثل هذا إهمال يسلب صفة المشروعية عن فعل النوم – بهذه الهيئة ، أو تلك – وقت الرعى ، وبناء عليه فإنه يكون ما حدث بسبب ذلك من ضياع لبعض القطيع ضرراً معتبراً ، يجب فيه الضمان .

ثانياً : الفقه المالكى

جاء فى « تبصرة الحكام » أن الإمام مالكاً – رحمه الله تعالى – قال فى الراعى ينام نهاراً فتضيع الغنم فى نومه ، أو يصيبها السبع ، أو السارق : « لا ضمان عليه إلا أن يكون بموضع مخوف ، ولم يزل من شأن الرعاة النوم نهاراً فى أيام النوم إلا أن يأتى من ذلك بما يستنكر مما يجر إلى الضيعة البينة ، فيضمن » [1] .

وموضع الاستشهاد فى هذا النص قوله « إلا أن يأتى من ذلك – أى : من النوم – بما يستنكر مما يجر إلى الضيعة البينة – أى : المحققة – فيضمن » فحيث يكون نوم الراعى بهذا الوصف الذى ذكر ، فإنه يعد إهمالاً (أى : تقصيراً فى حفظ القطيع) يسلب صفة المشرعية عن النوم ، وبناء عليه يكون ما وقع – بسبب ذلك – من ضياع بعض القطيع ضرراً معتبراً ، يجب فيه الضمان .

وفى « التبصرة » – أيضاً – : أنه « إذا أذن الرجل لحجام يفصده ، أو يختن ولده، أو لبيطار في دابة، فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس ، أو عضو ، أو تلفت الدابة فلا ضمان عليه ؛ لأجل الإذن . . . . أما إذا كان جاهلاً ، أو إذا فعل غير ما أذن له فيه خطأ ، أو تجاوز الحد فيما أذن له فيه ،

---

(١) – تبصرة الحكام (٢/ ٢٣٥) .

أو قصر فيه عن المقدار المطلوب ، ضمن ما تولد عن ذلك » [1] .

فالنص يفيد أن الحجام ، والبيطار – على أنه مأذون لهما في الفعل – يضمنان ما تولد عن فعلهما من ذهاب نفس ، أو عضو ، أو تلف دابة ، فيما لو قصرا عن المقدار المطلوب وأهملا ؛ ذلك أن هذا الإهمال والتقصير يسلب صفة المشرعية عن الفعل المأذون فيه ، وحاصل هذا : أن يكون ما تولد عن ذلك – من التلف – ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان .

وفي هذا المعنى يقول خليل : « . . . ضمن ما سرى كطبيب جهل أو قصر» .

قال في الخرشي : « والمعنى أن الطبيب إذا فعل طبه على جهل منه بعلم الطب فأدى ذلك إلى الهلاك فإنه يضمن ، كذلك إذا قصر عما أمر بفعله بأن تجاوز الحد المأمور به (أو نقص [2]) » [3] .

وقال في الشرح الكبير : « أي : أن الطبيب في زعمه إذا جهل علم الطب في الواقع ، أو علم وقصر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك ، فإنه يضمن . . . ، ومفهوم الوصفين : أنه إذا لم يقصر وهو عالم أنه لا ضمان عليه ، بل هدر » [4] .

وقصر في المعالجة . أي : أهمل « كأن أراد – يعني المريض – قلع سن ، فقلع – أي الطبيب– غيرها خطأ ، أو تجاوز بغير اختياره الحد المعلوم في الطب عند أهل المعرفة : كأن زلت ، أو ترامت يد خاتن ، أو سقى عليلا

---

(١) – تبصرة الحكام (٢/ ٢٤٣) .

(٢) – حاشية العدوى على شرح الخرشي (٨/ ١١١) .

(٣) – الخرشي على خليل (٨/ ١١٠ , ١١١) .

(٤) – الشرح الكبير (٤/ ٣٣٥) .

دواءً غير مناسب للداء معتقداً أنه يناسبه ، وقد أخطأ في اعتقاده » [1] .

ثالثاً : الفقه الشافعي

جاء في الروضة أنه « لو سقى أرضه ، فخرج الماء من جحر فأرة ، أو شق ، فدخل أرض غيره ، فأفسده زرعه، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة في قدر الماء ، أوكان عالماً بالجحر ، أو الشق فلم يحتط .

ولو حفر البئر في أرض خوارة ، ولم يطوها [2] ، ومثلها تنهار إذا لم تطو كان مقصراً – أي : مهملاً – . . . ، ولا بد من هذا الاحتياط حيث جوزنا حفر البئر في الشارع » [3] .

فاستعمال الحق إذا كان مشوباً بالإهمال بأن يقصر المستعمل في النظر المأمور به ولا يحتاط الاحتياط المناسب – يسلب صفة المشروعية عن الاستعمال ، ومن ثم فإنه يكون ماترتب على ذلك من إخلال بمصلحة الغير – ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان ؛ ذلك لأنه إخلال بغير حق .

وفي حاشية البيجرمي على الخطيب نقل المحشي أنه يضمن من جعل داره بين الناس معمل نشادر ، وشمه أطفال ، وماتوا بسبب ذلك ، ومثله إطفاء الجير ، ومعمل البارود . قال البيجرمي : « ومثله في الضمان كل ما له رائحة ، ويتلف به شيء ، فإنه –أي : محدث ذلك – يضمن لتقصيره »[4] ؛ ذلك أن استعمال الحق على وجه الإهمال والتقصير في النظر المأمور به وعدم الاحتياط – يسلب صفة المشروعية عن هذا

---

(1) – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٣٥٥) .

(2) – يقال : طوى البئر : إذا بناها بالحجارة والآجر حفظاً لها من الانهيار .

(3) الروضة (٩/ ٣٢٠).

(4) حاشية البيجرمي المسماة بتحفة الحبيب على الخطيب (٣/ ١٩٨) . ضمن

الاستعمال ، وبالتالى فإنه يكون ما انبنى على ذلك من الإخلال بمصلحة الغير ضرراً معتبرا يجب فيه الضمان ؛ لأنه إخلال بغير حق .

رابعاً : الفقه الحنبلى

جاء فى المغنى أنه «إذا أوقد فى ملكه ناراً ، أو فى موات ، فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها ، لم يضمن إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط ؛ لأنه غير متعد .

وإن كان ذلك بتفريط (أى : عدم احتياط) منه : بأن أجج ناراً تسرى فى العادة لكثرتها . . . ، أو فتح ماء كثيراً يتعدى . . . ، ضمن ما تلف به »[1] .

وجاء فى كشاف القناع : أنه لو أجج ناراً فى موات أو فى ملكه ، أو سقى أرضه ، فتعدى ما ذكر من النار والماء إلى ملك غيره فاتلفه ، لم يضمن الفاعل إذا كان التأجيج أو السقى مما جرت به العادة بلا إفراط (أى : إسراف) ، ولا تفريط (أى : إهمال) .

فإن فرط – أى : أهمل – : كأن يترك النار مؤججة ، والماء مفتوحاً وينام ، فيحصل التلف بذلك وهو نائم فإنه يضمن لتفريطه[2] .

فحيث يكون استعمال الحق مشوباً بالإهمال والتقصير فى النظر المأمور به وعدم الاحتياط ، فإنه تسلب صفة المشروعية عن الإستعمال ، ويكون ما ترتب على ذلك من الإخلال بالمصلحة – ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان .

---

(١) – المغنى لا بن قدامه (٥/ ٤٥٣٠) .

وفى المغنى –أيضاً – أنه «إن سلم ولده الصغير إلى سابح ليعلمه السباحة فغرق ، فالضمان على عاقلة السابح ؛ لأنه سلمه إليه ليحتاط فى حفظه فإذا غرق نسب إلى التفريط فى حفظه » .

ومعنى هذا : أن الفعل المأذون فيه إذا شابه التقصير فى الحفظ – أى : الإهمال وعدم الاحتياط ؛ فإنه تسلب عنه صفة المشروعية ، وبالتالى فإنه يعتبر ما انبنى عليه من الإخلال بالمصلحة ضرراً موجباً للضمان .

خاتمة القول فى الإهمال :

والذى نخلص إليه من خلال هذا الذى عرض له البحث : أن استعمال الحق ، أو مباشرةالفعل المأذون فيه إذا شابهما الإهمال فإنه تسلب عنهما صفة المشروعية .

وأنه تأسيساً على ذلك يكون الإخلال بالمصلحة – الواقع من جراء هذا الاستعمال ، أو هذه المباشرة – ضرراً معتبراً يحكم بوجوب الضمان فيه ؛ إذ إنه إخلال بغير حق.

وهذا القدر من النظر محل اتفاق بين الفقهاء ، وإنما الخلاف فى بيان حد الإهمال ، فقد رأينا الحنفية يعتبرون نوم الراعى مضطجعاً ، أو جالساً بحيث يغيب البقر عن بصره – إهمالاً ، وتقصيراً ، فى الحفظ ، ومن ثم فإنهم يوجبون عليه ضمان ما ضاع من القطيع بسبب ذلك .

فى حين أن الإمام مالكاً يرى أنه من شأن الرعاة النوم نهاراً ، فلو ضاع الغنم فى نومه ، أو أصابها السبع ، أو السارق ، فإنه لا يضمن ، إلا أن يكون بموضع مخوف أو بأن يأتى من النوم بما يستنكر مما يجر إلى الضيعة البينة ، فإنه يضمن .

ومعنى هذا: أنه يرجع فى بيان حد الإهمال إلى العرف والعادة ،

وهذا أمر واقعى وليس شرعياً ، يعود تقديره للخبراء ، فلو أكد – مثلاً – أهل الخبرة بالرعى أن نوماً كهذا ليس ينامه الرعاة ؛ لأنه يكون مظنة الضياع لبعض القطيع أو أن هذا الموضع مخوف يستدعى التيقظ وعدم النوم – أى نوم – بحيث لو نام الراعى كان مقصراً فى الحفظ فيجب عليه الضمان ، فالعبرة لقولهم .

وتحديد الإهمال بالرجوع إلى العرف والعادة قد أشار إليه الشافعية ، والحنابلة .

قال النووى : « ولو حفر البئر فى أرض خوارة ، ولم يطوها ، ومثلها – أى : كما هو المعروف ، والمعتاد – تنهار إذا لم تطو ، كان مقصراً – أى : مهملاً – ولابد من هذا الاحتياط حيث جوزنا الحفر فى الشارع » .

وقال بن قدامة : « . . وإن كان ذلك بتفريط – أى : بإهمال ، وعدم احتياط – منه : بأن أجج ناراً تسرى فى العادة لكثرتها . . ، ضمن » . فقد نص ابن قدامه فى تحديد الإهمال على الرجوع إلى العادة .

وحيث ثبت الإهمال فإنه يكون ما ترتب عليه من الإخلال بالمصلحة ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان .

وبتمام الكلام عن الإهمال وحده يكون البحث قد انتهى من تفصيل القول بخصوص هذا الضابط الثالث من ضوابط اعتبار التصرف المخل بالمصلحة (أى : الضرر) ضرراً ممنوعاً منه فى الحكم ، وذلك بما حاصله : أن بعضاً من التصرفات المخلة بمصلحة الغير لا ينظر الشرع إليها على أنها ضرر معتبر يمنع فى الحكم ؛ ذلك أنها تكون بمقتضى حق : كمسألة الظفر ، ودفع الصائل، ومقاتلة المضطر من يمنعه الطعام ، ومباشرة الزوج ولاية تاديب زوجه ، ومباشرة الأب المعلم ولاية تأديب الصغار ، وإقامة

الحدود والتعزيرات ممن له ذلك على مستحقه .

ومعنى هذا : أنه لا يعتبر كل تصرف أخل بمصلحة (أى : كل ضرر) ضرراً ممنوعاً – منه من الوجهة الشرعية ، بل المعتبر إنما هو خصوص من التصرفات المخلة بالمصلحة ، وهى تلك التى يكون إخلالها بالمصلحة بغير حق . أى : على وجه التعدى ، أو التعسف ، أو الإهمال .

إذا فالتصرف المخل بالمصلحة لا يكون ضرراً معتبراً إلا إذا تحقق فيه هذا الضابط ، ضابط : أن يكون إخلاله هذا بغير حق . أى : تعدياً ، أو تعسفاً ، أو إهمالاً .

وهذا النظر محل اتفاق بين الفقهاء ، على أنه يقع الخلاف بينهم بخصوص بعض التفاصيل المتعلقة ببيان حدود كل هذه المصطلحات الثلاثة ، وكيفية ثبوتها فى الواقع ، وذلك على النحو الذى سبقت الإشارة إليه .

وهكذا يتضح أمر الضابط الثالث الذى أفرد له هذا المبحث ، ومن ثم فإن البحث ينتقل بنا إلى حيث هذا الضابط الرابع ، ويفرد له المبحث التالى . لكن نشير – هنا – إلى أن تلك الضوابط من الأول إلى الثالث يمكن أن ينتظمها قسم واحدذلك أن موضوعها هو الإخلال بالمصلحة .

وهذا بخلاف الضابطين : الرابع ، والخامس ، فإنه ينتظمها قسم آخر ؛ ذلك أن موضوعهما هو المصلحة التى وقع عليها الإخلال ، وسوف يظهر هذا بوجه أكثر وضوحاً من خلال ما سيأتى .

***

المبحث الرابع

فى بيان الضابط الرابع لاعتبار الإخلا ل بالمصلحة ضررا

والضابط الرابع لاعتبار الإخلال بالمصلحة (أى : الضرر) ضرراً ممنوعًا منه – فى الفقه الإسلامي– هو : أن تكون المصلحة التى أخل بها – أى : التى وقع عليها الإخلال – مشروعة فى الأصل ؛ إذ لو كانت غير مشروعة لم يعد الإخلال بها ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم .

والمقصود بمشروعية المصلحة : أن الشرع يقرها ويأذن فى تحصيلها ، لا أنه يمنع من ذلك .

وفائدة هذه المشروعية إثبات الحماية لتلك المصلحة من أن يقع عليها أى إخلال ، وذلك بحيث لو أخل بها فإنه يعتبر هذا الإخلال ضرراً موجبًا للمسئولية فى النظر الشرعي .

فمثلاً : لما كان من المشروع للإنسان اقتناء الدابة والثوب تحصيلاً لمصلحة الركوب ومصلحة ستر العورة والزينة، فإنه يعد التصرف بقتل الدابة، وحرق الثوب من قبل آخر ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ، ويقضى بوجوب الضمان فيه .

وهذا بخلاف مالو أراق له خمراً ، فإنه لا يعد التصرف بمثل ذلك من قبيل الضرر المعتبر الذى يحكم بمنعه وبوجوب ضمان ما تولد عنه ؛ ذلك أن مصلحة الخمر ليست بمشروعة، بل إن النصوص قد تضافرت على إفادة تحريمها ؛ نظراً لما يترتب عليها من المفاسد والشرور.

إذاً فالفقه الإسلامى ليس ينظر إلى كل إخلال بالمصلحة على أنه ضرر معتبر، وإنما هو يشترط لاعتبار هذا ضرراً أن تكون المصلحة – التى وقع عليها الإخلال– مشروعة لا أنها ممنوع منها .

ومعنى هذا – كما هو الظاهر – : أن كل إخلال بمصلحة ممنوع منها لرجحان كفة ما يترتب عليها من المفاسد على كفة المنافع المرجوة منها – ليس يعد فى النظر الشرعى ضرراً معتبراً .

وقد أفاض الفقهاء فى بيان هذا المعنى وما يتعلق به من التفصيلات، والبحث ينقل عنهم – فيما يلى – عدداً من الوقائع التى هى فى حقيقة الأمر تصرفات فيها إخلال بمصالح لكن لم ينظر إليها على أنها ضرر معتبر لكون المصلحة محل الإخلال غير مشروعة، فمن ذلك :

أولاً : وقائع من الفقه الحنفى

يقرر الفقه الحنفى أنه لا يجب الضمان بإتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً ؛ لسقوط تقوم الخمر والخنزير فى حق المسلم .

وأنه لو كسر إنسان على إنسان بربطًا ، أو طبلاً لا يضمن إلا قيمته خشبًا منحوتًا عند أبى حنيفة – رحمه الله – ، وذكر فى « المنتقي » : أنه يضمن قيمته خشبًا ألواحًا كذا في« المحيط » ، و« الذخيرة » .

وعندهما (أى : محمد، وأبى يوسف) : لا يضمن شيئًا ؛ لأن « هذا آلة اللهو والفساد، فلم يكن متقومًا كالخمر » (١) .

ووجه قول أبى حنيفة – رحمه الله – « أنه – يعنى البربط، والطبل ، ونحوهما – كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع من وجه آخر ، فكان مالاً متقومًا من ذلك الوجه » (٢) .

---

(١)- بدائع الصنائع (٧/ ١٦٧، ١٦٨).

(٢)- السابق .

وعلى هذا الخلاف إتلاف النرد ؛ لأنه يمكن أن يجعل هذه الأشياء سنجات الوزن [١] .

فهذه جملة من الوقائع التى هى فى حقيقة الأمر تصرفات بها إخلال بمصالح : كإتلاف الخمر والخنزير على المسلم .. إلخ ، على أنه لما كانت تلك المصالح غير متقومة - أى : لايشرع الانتفاع بها - لأنها معصية حرمتها ثابتة، فإنه لم ينظر الفقه الحنفى إلى الإخلال بها على أنه ضرر معتبر ، ومن ثم لم يوجب ضمانها .

إلا أنه يلاحظ هذه الوجهة التى هى بحق محل تقدير لما فيها من مراعاة الحفاظ على الأموال: وجهة أن الذى لا يعتبر هو فقط هذا الإتلاف الذى محله الوصف المحرم (الهيئة) بحيث تبقى العين بعده حلالاً يجوز الانتفاع بها، فإن تجاوز الإتلاف الوصف المحرم إلى العين ، فإنه يجب ضمان العين ناقصة عن هذا الوصف؛ ذلك أنها حينئذ مصلحة مشروعة، فيعد الإخلال بها ضرراً معتبراً.

فمثلاً آلات الملاهى تكون مركبة من عين هى الخشب ، وهو حلال، ومن وصف هو الصنعة التى اتخذت من الخشب هيئة البربط ، فحيث كان الإتلاف بالهيئة التى هى الوصف والصنعة فإنه لا يعد ذلك ضرراً معتبراً، ولا يجب فيه الضمان؛ ذلك أنه إتلاف لمحرم.

فإذا تجاوز الإتلاف الهيئة إلى الخشب الذى هو العين ، فإن هذا الخشب يكون مضمونًا ؛ إذ إن الإتلاف - حينئذ - يكون لحلال يمكن الانتفاع به ، فيعد ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان .

---

(١)- انظر : بدائع الصنائع (٧/ ١٦٧، ١٦٨) ، والفتاوى الهندية (٥/ ١٣١)، والهداية مع تكملة فتح القدير (٩/ ٣٦٧).

هذا إذا لم يكثر الفساد بين الناس ، فأما إذا كثر الفساد بينهم بحيث إذا نقضت الهيئة المحرمة وأبقيت العين عادوا إلى اتخاذ الهيئة المحرمة ثانية ، فإنه يكون الإتلاف شاملاً للعين الحلال والهيئة المحرمة معًا من غير أن يعتبر ذلك ضررًا، ومن ثم فلا يجب فيه الضمان (١) .

وتجدر الإشارة – هنا– إلى أنه يخالف ما سبق مالو أتلف مسلم أو ذمى خمرًا أو خنزيرًا على ذمى ، فإنهما يضمنان ذلك ؛ لأن الخمر والخنزير مال متقوم فى حق أهل الذمة . قال فى المبسوط :« وحجتنا فى ذلك قول عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر ؟ فقالو : نعشرها ، فقال : لا تفعلوا، ولوهم بيعها ، وخذوا العشر من أثمانها (٢) . فقد جعلها مالاً متقوما – أى : يشرع الانتفاع به – فى حقهم ، حيث جوز بيعها، وأمر بأخذ العشر من الثمن .

وذكر أبو عبيدة فى كتاب الأموال : أن عمر – رضى الله تعالى عنه – كتب إلى عماله أن اقتلوا خنازير أهل الذمة، واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية (٣) . فهذا تنصيص منه على أنه مال متقوم فى حقهم ، يضمن بالإتلاف عليهم.

والمعنى فيه : أن الخمر كان مالاً متقومًا فى شريعة من قبلنا، وكذلك فى شريعتنا فى الابتداء ، ثم إن الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص فى حق

(١)- انظر : الفتاوى الهندية (٥/ ١٣١).

(٢)- والذي في الأموال لأبي عبيد عن عمر – رضي الله عنه – بخلاف هذا ، ذلك أنه ترك استعمال عتبة بن فرقد حين بعث إليه بأربعين ألف درهم صدقة الخمر . فعمر لم يكن يري على الخمر عشرًا. وإنما الثابت عن عمر أن ذلك كان في الجزية، فعن سويد بن غفلة : أن بلالاً قال لعمر بن الخطاب : إن عمالك يأخذون الخمر والخنازير في الخراج ، فقال :«لا تأخذوا منهم ، ولكن ولوهم بيعها ، وخذوا أنتم الثمن». كتاب الأموال(٢٩).

(٣)- انظر السابق (٢٩).

المسلمين ، حيث قال :﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ ... إلى قوله تعالى فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾ [1] ، فبقى فى حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة .

ومن حيث المعنى : أن حرمة العين ، وفساد التقوم ثبت بخطاب الشرع، وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة، فقصر الخطاب عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة فى المبلغ، وانقطعت ولاية الإلزام بالسيف والمحاجة لمكان عقد الذمة، ويصير فى حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان » [2] .

والحاصل : أنه لما كان الخمر والخنزير من الأموال المتقومة- أى : التى يشرع الانتفاع بها - بالنسبة لأهل الذمة، فإنه يعد إتلافهما ضرراً معتبراً يحكم بوجوب الضمان فيه .

على أن المسلم يضمن قيمة ما استهلكه من خَمْرِ الذمى لا مثل ما استهلكه، وهذا بخلاف مالو كان مستهلك خمر الذمى ذمياً مثله، فإنه يكون عليه مثل ما استهلك ؛ «لأن الخمر من ذوات الأمثال ، والمصير إلى القيمة فى ذوات الأمثال عند العجز عن أداء المثل، وذلك فى حق المسلم دون النصرانى ؛ لأنه قادر على تمليك الخمر من غيره بعوض؛ ولهذا جازت المبايعة بالخمر فيما بينهم» [3] .

---

(١)- آية (٩٠، ٩١) سورة المائدة.

(٢)- المبسوط (١١/ ١٠٢) ، وانظر : تكملة فتح القدير (٩/ ٣٥٨، وما بعدها).

(٣)- المبسوط (١١/ ١٠٤).

كـذلك فإنه ينبغى أن لايتصور خطأ أن مشروعية الخمر بالنسبة لأهل الذمة تعنى التوسعة عليهم.

قال في المبسوط : «وليس فى هذا توسعة الأمر عليهم ، بل فيه استدراج ، وترك لهم على الجهل وتمهيد بعقوبة الآخرة ، والخلود فى النار» [١] .

ويؤكد من صواب جملة ما ذكر ماجاء فى «الهداية» ، وذلك حيث يقول المرغينانى : إنه «إذا أتلف المسلم خمر الذمى ، أو خنزيره ضمن قيمتها ، فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن ....، ومن كسر لمسلم بربطًا[٢] ، أو طبلاً ، أو مزماراً، أو دفًا، أو أراق له سكرًا، أو منصفًا [٣] ، فهو ضامن ، وبيع هذه الأشياء جائز. هذا عند أبى حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد : لا يضمن ، ولا يجوز بيعها.

وقيل : الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف.

وقيل : الفتوى في الضمان على قولهما» [٤] .

ووجهة أبى يوسف ومحمد فى هذا«أن هذه الأشياء أعدت للمعصية، فبطل تقومها كالخمر ؛ ولأنه – أى : محدث التلف – فعل ما فعل آمرًا بالمعروف ، وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام»[٥] .

---

(١)- المبسوط (١١/١٠٦).

(٢)- البربط – كما قال في العناية – آلة من آلات الطرب. العناية مع فتح القدير (٩/ ٣٦٧).

(٣) – السكر: اسم للنئ من ماء الرطب إذا اشتد ، والمنصف: ما ذهب نصفه بالطبخ.

انظر : الهداية مع تكملة فتح القدير (٩/ ٣٦٧). وحاشية ابن عابدين علي الدر (٦/ ٢١٢).

(٤)- الهداية مع تكملة فتح القدير (٩/ ٣٦٧). (٥)- المصدر السابق .

ووجهة أبى حنيفة «أنها أموال ؛ لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل.... ؛ وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار، فلا يوجب سقوط التقوم ، وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم ، والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم ، وباللسان لغيرهم»(١) .

فهاتان وجهتان للفقه الحنفى بخصوص إتلاف آلات اللهو ، **الوجهة الأولى** وجهة صاحب المذهب سيدنا الإمام أبى حنيفة – رضى الله تعالى عنه – وهى ترى أن إتلاف الهيئة المحرمة، والوصف الحادث على العين لا شيء فيه ، فإن تجاوز الإتلاف الهيئة إلى العين ، والوصف إلى الذات ، فإنه يكون إتلافًا لما يحل الانتفاع به من وجوه، ومثل هذا يعد ضرراً معتبراً؛ لأنه إخلال بمصلحة مشروعة ، ومن ثم فإنه يحكم بوجوب ضمان العين . وهذه الوجهة – كما هو الملاحظ– منطلقها مراعاة الحفاظ على أموال الناس بقدر الإمكان ، وتضييق سبل النيل منها ، والإخلال بها .

والوجهة الثانية وجهة الصاحبين : أبى يوسف، ومحمد –رحمهما الله تعالي– وهى ترى أن هذه الأشياء بالهيئة الجديدة والوصف الحادث أعدت للمعصية ، فبطل تقومها (أى : سلبت عنها صفة المشروعية بالنظر إلى ما اقترن بها من الوصف المحرم) ، وبناء عليه فإن الإخلال بها – بالإتلاف ونحوه – ليس يعد ضرراً معتبراً ؛ لأنه إخلال بما لا يشرع الانتفاع به ، وهو فى نفس الوقت إخلال مأذون فيه من قبل الشرع من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وبالتالى فإنه لا يجب ضمان ذلك . وهذه الوجهة – كما هو الملاحظ – منطلقها القضاء على الفساد ومحاربة

---

(١)– الهداية مع تكملة فتح القدير (٩/ ٣٦٧).

المفسدين حفاظًا على سلامة الأمة، وذلك حتى تبقى قادرة على القيام بالمهام المناطة بها من عبادة الله – تعالي– وعمارة الأرض.

لكن ينبغي التنبيه – هنا – على أن مباشرة إتلاف آلات اللهو وما في معناها لا يكون لآحاد الناس بدعوى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ؛ إذ إن «الأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم ، وباللسان لغيرهم»[1] ؛ ولأن هذا يفتح أبوابًا هائلة للتعدى والفتنة بين الناس ، فتربو مضرة الأمر بالمعروف فى هذه الحال على مضرة المنكر ، فتتحمل المضرة الأخف، وهي مضرة المنكر ؛ لتفويت المضرة الأشد ، كما هي قاعدة الشريعة فيما إذا تعارض ضرران .

ويلحق بالأمراء فى مباشرة إتلاف المحرم من آلات اللهو وما في معناها نوابهم وكل ماذون له من قبلهم من أهل الحسبة ونحوهم ، ولا يكون إتلافهم هذا فى النظر الفقهى ضرراً معتبراً موجبًا للضمان .

وهكذا نرى أن الفقه الحنفي يعتمد هذا الضابط ، على أننا نلحظ أنه يعبر عن المشروعية بالتقوم ، فحيث يكون محل الإخلال متقومًا فإنه يعد هذا الإخلال ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان ، فإن انعدم التقوم فى المحل لم يعد الإخلال بمثل هذا المحل ضرراً معتبراً ، وبناء عليه فإنه يسقط الضمان .

وفى هذا المعنى يقول السرخسي : «شرط سقوط الضمان بالإتلاف انعدام المالية والتقوم فى المحل» [2] .

---

(١)- الهداية مع تكملة فتح القدير (٩/ ٣٦٧) .

(٢)- المبسوط (١١/١٠٣).

ولما كان التقوم ينطوى على هذين العنصرين : الإحراز [1] ، والمشروعية (أى : الإباحة، والإذن) [2] ، فإن البحث آثر استعمال المشروعية على التقوم – هنا – فى هذا المبحث ؛ ذلك أن عنصر التقوم الأول ، وهو الإحراز – سوف يكون داخلاً فى المبحث التالى حيث الضابط الخامس من ضوابط اعتبار التصرف المخل بالمصلحة ضرراً .

تلك هى وجهة الفقه الحنفى – التى أفادتها الوقائع السابقة – بخصوص هذا الضابط الرابع من ضوابط الضرر ، ضابط : أن تكون المصلحة التى أخل بها مشروعة ، لا ممنوعًا منها .

ونعرض بعد ذلك لبعض الوقائع التى تبين وجهة الفقه المالكى بخصوص هذا الضابط .

ثانياً : وقائع من الفقه المالكى :

توجد فى المذهب وقائع كثيرة تدل دلالة واضحة على أنه لا يعد من الضرر المعتبر – الذى يحكم بمنعه، وبضمان ما تولد عنه – التصرف الذى يخل بمصلحة ممنوع منها .

ومعنى هذا : أن المذهب المالكى يعتمد ذلك الضابط لاعتبار التصرف المخل بالمصلحة ضرراً ، ضابط : أن تكون المصلحة التى أخل بها –

---

(١)– وذلك حيث يقول صاحب البدائع : «التقوم يبنى على العزة والخطر، ولايتحقق ذلك إلا بالإحراز والاستيلاء». بدائع الصنائع (٧/ ١٦٨).

(٢)– وهذا العنصر تدل عليه جملة الوقائع التى تقدمت ، ووقائع أخرى كثيرة. راجع– مثلاً– : نص المبسوط الذى نقله البحث لبيان وجهة الفقه الحنفى فى مشروعية الخمر وتقومها بالنسبة لأهل الذمة، فهو مصرح فيه بأن المشروعية – أى : إباحة الشىء ، والإذن فى الانتفاع به – أمر أساسى للحكم بالتقوم.

أى : التى وقع عليها الإخلال – مشروعة فى الأصل، لا ممنوعًا منها .

والبحث يورد – هنا – بعضاً من تلك الوقائع التى تفيد هذا ، فمن ذلك : ما أورده أبو عمر ابن عبد البر فى الكافى من أن «كل شراب أسكر كثيره لم يجز بيعه ، ولا شرابه ، ومن أراقه على مسلم ، فلا شيء عليه ، وهو فى ذلك مأجور.

ومن أراقه على ذمى ضمنه عند مالك ، وخالفه عبد الملك فى ذلك، فقال : لا ضمان عليه فيه» [1] .

فهذا النص مفاده أنه ليس يعد – فى المذهب المالكى – التصرف الذى يخل بمصلحة ممنوع منها (أى : غير مشروع الانتفاع بها) ضرراً معتبراً يجب فيه الضمان : كأن يريق مسلم خمراً على مسلم؛ ذلك لأن الخمر حرمتها ثابتة بالنسبة للمسلم.

وهذا بخلاف خمر الذمى ، فإن من يريقها عليها يضمنها له ؛ لأنه ليس بممنوع منها ؛ إذ هى بالنسبة له مشروعة، فيكون التصرف بإراقتها ضرراً معتبراً؛ لأنه إخلال بمصلحة مشروعة للغير، فيجب الضمان .

وهذا هو المنقول عن مالك . جاء فى المواق :« قال مالك : لو استهلك مسلم لذمى خمراً غرم قيمتها »[2] ، لا أنه يضمن مثلها ؛ لأن المسلم لا يملك الخمر ، فيضمنها له بالقيمة .

ومجموع هذا الذى ذكرت يؤكد منه هذا الذى نقله الرهونى فى حاشيته على شرح الزرقانى على خليل، ونقله – أيضًا – الحطاب فى

---

(١)- الكافي (ق ٢/ ٣٢٨).
(٢)-المواق (٥/ ٢٨٠).

شرحه على خليل . فقد نقلا عن ثمانية أبى زيد ما نصه: أن «من تعدى على جرة عصير فكسرها ، فإن دخله عرق خل ولم يتخلل غرم قيمته. . .، وإن ظهر أنه خمر، ولم يدخله عرق خل ، فلا شيء عليه ؛ لأنه كسره فى حين لو علم به صاحبه لم يحل له إمساكه »[1] .

فحيث كان التعدى – بالكسر والإراقة – واقعًا على مصلحة غير مشروعة : كجرة عصير لمسلم ظهر أنه خمر، ولم يدخله عرق خل – فإنه لا يعد ذلك من الضرر المعتبر الذى يجب فيه الضمان.

وليس الأمر كذلك فيما لو وقع هذا التعدى على مصلحة مشروعة : كجرة عصير دخله عرق خل ؛ لأن مثل هذا يعد من الضرر المعتبر الذى يحكم بوجوب الضمان فيه .

وفى هذا المعنى يقول المازرى : «إذا غصب مسلم من مسلم خمرًا ، فأراقها فلا ضمان عليه ؛ لأنه فعل الواجب من الإراقة التى كان مخاطبًا بها من هى فى يده ، ولو أمسكها حتى تخللت لوجب عليه أن يردها لمن غصبها منه »[2] .

ومثل الخمر فى هذا آلات الملاهى ، فإنه لو كسرها على صاحبها أو غيَّرها عن حالها لم يضمن ؛ ذلك أنها ليست بمصلحة مشروعة ، بل الثابت : أنه لا يجوز استعمالها .

قال العدوى فى حاشيتة على الخرشى : «أشعر تخصيصه الخمر – أى : بالضمان ، فمن غصب عصيرًا فصار خمرًا فإنه يقضى لصاحبه بمثله إن علم كيله، وإلافقيمته – بأن الملاهى لو كسرها ، أو غيَّرها عن حالها ،

---

(١)- انظر : حاشية الرهونى (٦/ ٢١٩)، والحطاب (٥/ ٢٨٠).

(٢)- شرح المواق على خليل (٥/ ٢٨٠).

لم يضمن ، وهو كذلك ، نص عليه فى الجواهر» (١) .

وجاء فى تبصرة الحكام : أنه «يؤدب من يبيع آلات اللهو، ويفسخ البيع ، ويكسر، ويؤدب أهل ذلك» (٢) .

تلك هى وجهة الفقه المالكي- التى أفادتها الوقائع - بخصوص هذا الضابط الرابع من ضوابط الضرر، وهى - كما رأينا - تعتمد هذا الضابط، وتعتد به ، فليس يعد التصرف المخل بالمصلحة ضرراً معتبراً - فى المذهب - إلا أن يكون إخلاله هذا بمصلحة مشروعة لا ممنوع منها .

ونعرض فيما يلى لبعض الوقائع التى تبين وجهة مذهب الشافعية بخصوص هذا الضابط .

ثالثاً : وقائع من الفقه الشافعي :

يقرر الفقه الشافعى فى وقائع كثيرة هذا الضابط، فمن ذلك : أنه لو غصب مسلم خمراً ، نظر، فإن غصبها من ذمى لزمه ردها عليه ؛ لأنه يقر على شربها ، فلزمه ردها عليه، هذا إذا لم يتلفها، أو لم تتلف عنده ، وإن غصبها من مسلم ففيه وجهان ، **أحدهما** : يلزم ردها عليه ؛ لأنه يجوز أن يطفئ بها ناراً، أو يبل بها طيناً فوجب ردها عليه ، **والثانى** : لا يلزمه، وهو الصحيح ؛ لما روى «أن أبا طلحة - رضى الله عنه - سأل رسول الله - ﷺ - عن أيتام ورثوا خمراً ، فأمره -ﷺ - أن يهرقها» (٣) .

---

(١)- حاشية العدوى على الخرشى (٦/ ١٣٥) .

(٢)- (٢/ ١٤١) ، وانظر : البيان والتحصيل (١٦/ ٢٣٦).

(٣)- أخرج الترمذى فى «البيوع» ، باب : «ماجاء فى بيع الخمر والنهى عن ذلك» من حديث أنس عن أبى طلحة أنه قال : يانبى الله إنى اشتريت خمراً لأيتام فى حجرى ، قال : «أهرق الخمر واكسر الدنان» .

هذا هو نص الحديث . انظر : سنن الترمذى مع التحفة (٤/ ٥١٥).

فإن أتلفها - أى : الخمر المغصوبة- أو تلفت عنده، لم يلزمه ضمانها ؛ لما روى ابن عباس - رضى الله عنه - أن النبى - ﷺ - قال : «إن الله - تعالى إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»(١) ؛ ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل : كالميتة، والدم ، فإن صار خلا - أى : مشروعًا الانتفاع به بالتخلل - لزمه رده على صاحبه ؛ لأنه صار خلاً على حكم ملكه ، فلزمه رده إليه ، فإن تلف ضمنه ؛ لأنه مال للمغصوب منه ، تلف فى يد الغاصب ، فيضمنه.

وكذلك الأمر فيما لو فصل له مزماراً ونحوه من آلات اللهو، فإنه لا يلزمه شيء ؛ لأن ما أزاله لاقيمة له .

ويستدل الشافعية على ما قالوا بماروى جابر بن عبد الله عن النبى - ﷺ - أنه قال : «إن الله - تعالى - حرم بيع الخمر، وبيع الخنازير، وبيع الأصنام ، وبيع الميتة»(٢) ، فدل على أنه لا قيمة له، وما لا قيمة له لا

---

(١)- أخرجه أبو داود فى «البيوع»، باب: «فى ثمن الخمر والميتة» من حديث ابن عباس، قال : «رأيت رسول الله - ﷺ - جالسًا عند الركن، قال : فرفع بصره إلى السماء فضحك ، فقال : لعن الله اليهود ثلاثاً .. إلى أن قال - ﷺ - : «إن الله - تعالى - إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه .. الحديث».

انظر : السنن مع العون (٩/ ٣٧٩).

وأخرجه البيهقى فى السنن الكبري(٦/ ١٣) ، كتاب البيوع، باب : «تحريم بيع ما يكون نجسًا لا يحل أكله»، ولفظه: «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه».

وأخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه (٦/ ١٠١) ، كتاب البيوع والأقضية ، (٤٤) باب : «فى بيع جلود الميتة» ، ولفظه : «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم ثمنه».

(٢)- أخرجه البخارى : البخارى مع الفتح (٤/ ٤٩٥) ، كتاب البيوع ، باب : «بيع الميتة والأصنام».

والميتة بفتح الميم مازالت عنه الحياة لا بذكاة شرعية ، ونقل ابن المنذر وغيره الإجماع على تحريم بيع الميتة ، ويستثنى من ذلك السمك والجراد، والأصنام جمع صنم قال الجوهرى : هو الوثن ، وقال غيره : الوثن ماله جثة ، والصنم ما كان مصوراً ، فبينهما عموم وخصوص وجهى ، فإن كان مصوراً فهو وثن وصنم . =

يضمن . فإن كسر مزماراً كذلك ، وينظر ، فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعة مباحة ، وإذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً ؛ لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة، فلزمه ضمانه، فإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة، لم يلزمه شيء ؛ لأنه لم يتلف ماله قيمة (١) .

فهذه جملة من الوقائع التى هى فى حقيقة الأمر تصرفات بها إخلال بمصالح :كإتلاف الخمر ولو لذمى ، وكفصل المزمار ونحوه من آلات اللهو، على أنه لما كانت تلك المصالح غير متقومة – أى : لا يشرع الانتفاع بها – حيث قد تضافرت النصوص على إفادة حرمتها وأنها معصية ، فإنه لم ينظر الفقه الشافعى إلى الإخلال بها على أنه ضرر معتبر ، ومن ثم لم يوجب ضمانها .

لكن نلاحظ – هنا – مثل ما سبق من مذهب أبى حنيفة – رضى الله عنه – بخصوص آلات الملاهى ، فالشافعية لايرون إتلاف آلة اللهو على وجه الإطلاق : إتلاف العين (التى هى مادة الصنع) ، وإتلاف الهيئة المحرمة، بل هم يقصدون بالإتلاف النقض والتغيير بحيث تفوت الهيئة المحرمة، وتبقى العين – التى هى مادة الصنع – صالحة للانتفاع بها ؛ ولذا فإنهم يعبرون عن هذا بالفصل ، لا الكسر، وبناء عليه فالمذهب : أنه ينظر إذا كسر آلات الملاهي، فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعة مباحة، وقد تجاوز

= – كذلك فإن البخارى بوب فى صحيحه – من كتاب البيوع – هذا الباب ، باب : «هل تكسر الدنان التى فيها خمر ، أو تراق الزقاق؟ فإن كسر صنما ، أو صليبًا ، أو طنبوراً ، أو مالا ينتفع بخشبه ، وأتى شريح فى طنبور كسر فلم يقض فيه بشيء». قال ابن بحجر : أى هل يضمن أم لا ؟.

وقوله : (وأتى شريح فى طنبور كسر فلم يقض فيه بشيء) . أى : لم يضمن صاحبه، وقد وصله ابن أبى شيبة من طريق أبى حصين ، ولفظه : «أن رجلاً كسر طنبوراً لرجل فخاصمه إلى شريح فلم يضمنه شيئًا». المصنف (٧/ ٣١٢) ، كتاب البيوع والأقضية ، باب: « فى الرجل يكسر الطنبور».

(١)– المهذب (١/ ٤٩٢)، وانظر: التنبيه (٨٠) .

الفصل إلى الكسر بحيث لم يعد المتبقى من الكسر يصلح لتلك المنفعة ، لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً ؛ لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة، ومثل هذا يعد ضرراً معتبراً ؛ لأنه إخلال بمصلحة مشروعة ، ومن ثم فإنه يحكم بوجوب الضمان .

وهذا بخلاف مالو كان لا يصلح لمنفعة مباحة– بعد الفصل – فإنه لا يلزمه شيء إذا كسره ؛ لأنه لم يتلف – حينئذ – ما له قيمة .

وكما هو الظاهر فإن هذه الوجهة منطلقها : مراعاة الحفاظ على أموال الناس بقدر الإمكان ، وتضييق السبل التى تؤدى إلى إتلافها، والنيل منها .

ومجموع هذا الذى ذكر يشير إليه النووى فى « الروضة » ،وذلك حيث يقول إن « الخمر والخنزير لا يضمنان ، لمسلم، ولا ذمى ، سواء أراق حيث تجوز الإراقة ، أم حيث لا تجوز، ثم خمور أهل الذمة لا تراق إلا إذا تظاهروا بشربها ، أو بيعها ، ولو غصبت منهم والعين باقية ، وجب ردها، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردها إن كانت محترمة ، وإن لم تكن محترمة ، لم يجب ، بل تراق .

وآلات الملاهى : كالبربط، والطنبور، وغيرهما ، وكذا الصنم . . .، لا يجب فى إبطالها – أي : إبطال الصنعة – شيء – أى : لا تضمن – ؛ لأنها محرمة الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة .

وفى الحد المشروع فى إبطالها ، وجهان : **أحدهما** : تكسر وترضض حتى تنتهى إلى حد لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها : لا الأولى ، ولا غيرها .

وأصحهما : لا تكسر الكسر الفاحش ، لكن تفصل ، وفى حد التفصيل وجهان : **أحدهما** : قدر لا يصلح معه الاستعمال المحرم ، حتى إذا

رفع وجه البربط ، وبقى على صورة قصعة، كفى . **والثانى** : أن يفصل إلى حد لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذى يناله فى ابتداء الاتخاذ ، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف، وهذا أقرب إلى كلام الشافعى - رضى الله عنه - وجماهير الأصحاب.

ثم ما ذكرناه من الاقتصار على تفصيل الأجزاء ، هو فيما إذا تمكن المحتسب منه ، أما إذا منعه من فى يده ودافعه عن المنكر ، فله إبطالها بالكسر قطعًا ، وحكى الإمام اتفاق الأصحاب على أن قطع الأوتار لا يكفى ؛ لأنها مجاورة لها منفصلة ، ومن اقتصر فى إبطالها على الحد المشروع فلا شيء عليه، ومن جاوز فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذى أتى به، وإن أحرقها فعليه قيمتها مكسورة بالحد المشروع. . ، قال الغزالى فى « البسيط » : أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها ؛ لأن رضاضها متمول » (١) .

فحيث يكون الإخلال بمصلحة غير مشروعة: كإتلاف الخمر، والخنزير ولو على ذمى ، وكإبطال آلات الملاهى بالحد المشروع ، فإن الفقه الشافعى يقرر أن ذلك لا يعد ضررًا معتبرًا موجبًا للضمان .

وهذا بخلاف ما لو كان الإخلال بمصلحة مشروعة : كأن يحرق رضاض آلات اللهو ؛ إذ إن هذا الرضاض متمول - أى : متقوم يشرع الانتفاع به - ، فإنه ينظر إلى ذلك على أنه ضرر معتبر موجب للضمان .

---

(١) الروضة (٥/ ١٧ ، ١٨) ، وانظر : نهاية المحتاج (٥/ ١٦٧ ، ١٦٩) ، ومغني المحتاج (٢/ ٢٨٥) ، وشرح الجلال المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٣٢ ، ٣٣) ، وتحفة المحتاج مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي (٦/ ٢٧ ، ٢٨) ، وأسنى المطالب (٢ / ٣٥٥) .
ومن ذلك : إتلاف الآنية المحرمة . كالآنية التي تكون من الذهب والفضة ، فإبطال الهيئة المحرمة لا يجب فيه شيء ؛ لأن الصنعة المحرمة لا تقابل بمال .

لكن تجدر الإشارة - هنا - إلى أن الذين يباشرون إتلاف مثل هذه الأشياء هم المحتسبون ومن فى معناهم من المأذون لهم من الإمام بتغيير المنكر باليد ، لا أن ذلك يكون لآحاد الناس ، وهو مادل عليه كلام النووى السابق ، وذلك حيث يقول : «ما ذكرناه من الاقتصار على تفصيل الأجزاء ،و هو فيما إذا تمكن المحتسب منه» . فهذا يدل بصورة واضحة - لا تحتمل أى تأويل - أن الذى يباشر فصل آلات اللهو وما فى معناها إبطالا للهيئة المحرمة إنما هو المحتسب لا غيره ؛ ذلك أن ترك هذا الأمر إلى الآحاد من الرعية يفضي إلى شر مستطير ، وفساد كبير .

وهكذا يكون قد اتضح - بصورة جلية- من خلال مجموع هذه الوقائع : أن الفقه الشافعي يعتمد هذا الضابط من ضوابط اعتبار التصرف المخل بالمصلحة ضرراً، ضابط : أن تكون المصلحة محل هذا الإخلال - أى : التى وقع عليها الإخلال - مشروعة فى الأصل . أى : يشرع الانتفاع بها ، لا أنه يحرم ذلك .

وننتقل بعد هذا إلى الفقه الحنبلي؛ لنطالع فيه بعض الوقائع التى تفصح عن اعتداده بهذا الضابط .

رابعًا : وقائع من الفقه الحنبلي :

تدل وقائع كثيرة منصوص عليها فى كتب الفقه الحنبلى على أن الحنابلة يعتمدون هذا الضابط ، فمن ذلك أنهم يرون فيما لو أتلف مسلم لذمى خمراً، أو خنزيراً : أنه لا غرم عليه ، وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه [1] ، وجملة ذلك - عندهم - : أنه لا يجب ضمان الخمر،

---

(١)- انظر : متن الخرقي مع المغني (٥/ ٤٤٢) . وقولهم (وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه) . قال ابن قدامة في تعليل ذلك : « فإن كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر ، وشرب الخمر واتخاذه ، ونكاح ذوات المحارم - لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم =

والخنزير ، سواء كان متلفه مسلمًا، أو ذميًا، لمسلم، أو ذمي ، نص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث فى الرجل يهريق مسكرًا لمسلم ، أو لذمى خمراً . قال : فلا ضمان عليه (١) .

ومعنى هذا – كما هو الظاهر – : أن الإخلال بالمصلحة غير المتقومة – أى : التى لا يشرع الانتفاع بها – لا يعد فى المذهب الحنبلى من الضرر المعتبر الذى يجب فيه الضمان، فإتلاف الخمر، والخنزير – ولو لذمي – لا يجب فيه الضمان ؛ ذلك أن محل هذا الإتلاف ليس مصلحة متقومة، ومن ثم فلا يعتبر ذلك من الضرر الموجب للضمان .

جاء فى المغنى أنه : إن غصب من ذمى خمرًا لزمه ردها؛ لأنه يقر على شربها، وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردها ، ووجبت إراقتها ؛ لأن أبا طلحة سأل رسول الله –ﷺ– عن أيتام ورثوا خمراً، فأمره بإراقتها (٢) ، وإن أتلفها ، أو تلفت عنده، لم يلزمه ضمانها ؛ لأن ابن عباس روى عن النبى – ﷺ – أنه قال : «إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»(٣) ؛ ولأن ما حرم الانتفاع به ، لم يجب ضمانه : كالميتة، والدم ..، وإن كسر مزماراً ، أو طنبوراً لم يضمنه..، وإن كسر آنية من ذهب أو فضة لم يضمنها ؛ لأن اتخاذها محرم ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد : أنه يضمن ، فإن مهنا نقل عنه فيمن هشم على غيره إبريقًا فضة ، عليه قيمته يصوغه كما كان ، قيل له : أليس قد نهى النبى – ﷺ – عن اتخاذها ؟ فسكت .

=يظهروه ؛ لأننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا ، فلا نعرض لهم فيما التزمنا تركه ، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم ، فإن كان خمرًا جازت إراقته ، وإن أظهروا صليبًا ، أو طنبوراً جاز كسره ، وإن أظهروا كفرهم ، أدبوا على ذلك ، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين » . (٥/ ٤٤٤) .

(١)- المغني شرح الخرقي (٥ / ٤٤٤) .

(٢)- تقدم تخريجه .   (٣) - تقدم تخريجه .

والصحيح : أنه لا ضمان عليه، نص عليه أحمد ، كما فى رواية المروذى فيمن كسر إبريق فضة لا ضمان عليه؛ لأنه أتلف ماليس بمباح[1] ، فلم يضمنه : كالميتة، ورواية مهنا تدل على أنه رجع عن قوله ذلك ؛ لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه؛ ولأن فى هذه الرواية أنه قال : يصوغه، ولا يحل له صناعته ، فكيف يجب ذلك؟!

وإن كسر آنية الخمر ، ففيها روايتان ، (إحداهما) : يضمنها ؛ لأنه مال يمكن الانتفاع به، ويحل بيعه، فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر، ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضى سقوط ضمانها كالبيت الذى جعل مخزنًا للخمر.

والثانية : لا تضمن لما روى الإمام أحمد فى مسنده: حدثنا أبو بكر بن أبى مريم عن ضمرة بن أبى حبيب قال : قال عبد الله بن عمر : أمرنى رسول الله - ﷺ - أن آتيه بمدية، وهى الشفرة ، فأتيته بها ، فأرسل بها فأرهفت ، ثم أعطانيها ، وقال : «اغد عليَّ بها» ففعلت ، فخرج بأصحابه

---

(١) أخرج البخاري في صحيحه من حديث البراء بن عازب - رضي الله عنهما - قال : « نهى النبي - ﷺ - عن سبع، نهي عن خاتم الذهب .. ، وآنية الفضة . الحديث» .

البخاري مع العيني (١٨ / ٥٦) ، كتاب اللباس والزينة ، باب : « خواتيم الذهب » .

وأخرج الإمام مسلم في صحيحه من حديث أم سلمة - زوج النبي - ﷺ - أن رسول الله - ﷺ - قال : « الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم » ، وفي رواية أخرى : « من شرب في إناء من ذهب أو فضة فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم » .

مسلم بشرح النووي (١٤/ ٢٧) ، كتاب اللباس والزينة ، باب : تحريم استعمال أواني الذهب والفضة في الشرب ، وغيره على الرجال والنساء » . قال النووي : « وأجمع المسلمون علي تحريم الأكل والشرب في إناء الذهب والفضة على الرجل وعلى المرأة ، ولم يخالف في ذلك أحد من العلماء ..، قال أصحابنا : انعقد الإجماع على تحريم الأكل والشرب وسائر الاستعمال في إناء ذهب أو فضة ، إلا ما حكي عن داود ، وقول الشافعي في القديم ، فهما مردودان بالنصوص والإجماع .. » . شرح النووي على مسلم (١٤ / ٢٩) .

إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام ، فأخذ المدية مني، فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويعاونوني ، وأمرني أن آتي الأسواق كلها، فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ، ففعلت ، فلم أترك في أسواقها زقًا إلا شققته »[١] ... ، وهذا يدل على سقوط حرمتها ، وإباحة إتلافها ، فلا يضمنها كسائر المباحات [٢] .

وهكذا نرى أن الإخلال بالمصلحة غير المشروعة : كأن يريق خمراً ، أو يكسر مزماراً ، أو طنبوراً، أو صنمًا ... إلخ - لا يعد ضرراً معتبراً موجبًا للضمان ؛ ذلك أن الضرر المعتبر الموجب للضمان هو ما كان إخلالاً بمصلحة مشروعة في الأصل.

---

(١) قال الألباني في الإرواء : حديث ابن عمر « أن النبي - ﷺ - أمره أن يأخذ مدية .. » - صحيح . أخرجه أحمد في مسنده (٢/ ١٣٢ ، ١٣٣) من طريق أبي بكر بن أبي مريم عن ضمرة بن حبيب قال : قال عبدالله بن عمر ، فذكر الحديث ، قلت : وهذا إسناد ضعيف رجاله ثقات ، رجال الشيخين غير أبي بكر بن أبي مريم .. ، لكن الحديث صحيح ، فإن له طريقين آخرين عن ابن عمر .

الأولى : عن أبي طعمة قال : سمعت عبدالله بن عمر يقول ، فذكر نحوه . أخرجه الطحاوي في «المشكل » (٤/ ٣٠٦) ، وأحمد في مسنده (٢/ ٧١) ، والبيهقي في سننه (٨/ ٢٨٧) . وقال الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٥/ ٥٤) : « وأبو طعمة وثقه محمد بن عبدالله بن عمار ، وضعفه مكحول ، وبقية رجاله ثقات ».

والطريق الأخرى عن ثابت بن يزيد الخولاني . أخرجه الطحاوي (٤ / ٣٠٥ ، ٣٠٦) ، والحاكم في مستدركه (٤ / ١٤٤ ، ١٤٥) ، والبيهقي في سننه (٨ / ٢٨٧) من طريق ابن وهب . قال الحاكم : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

راجع إرواء الغليل للألباني (٥/ ٣٦٤، وما بعدها) .

(٢)- انظر : المغني (٥ / ٤٤٤ ، ٤٤٧) ، وانظر في مثل هذا : الشرح الكبير (٥ / ٤٥٧ ، ٤٥٨) ، والمبدع (٥/ ٢٠٠ : ٢٠٢) ، والمحرر لابن تيمية الجد (١/ ٣٦٣) .

على أنه يلاحظ – هنا– أن الحنابلة لا يفرقون فى كسر آلات الملاهى بين أن يكون الكسر للتأليف الذى تتشكل منه الهيئة المحرمة، أو أن يكون لمادة الصنع التى هى الخشب ونحو ذلك ممايباح الانتفاع بمادته، حيث لا يوجبون الضمان فى الكل (وهذا بخلاف ماتقدم من مذهب الحنفية، والشافعية ، وما يستفاد من مذهب المالكية. والذى يبدو للبحث أنه الصواب هو ما عليه الجمهور لما فيه من الجمع بين الحفاظ على الأموال وإتلاف الهيئة المحرمة). وبمثل هذا الذى نص عليه فى « المغني » يقول البهوتى فى كشاف القناع . فقد قال – رحمه الله – :« ومن أتلف مزماراً ونحوه بان حرقه، وألقاه فى نحو بحر. .، أو طنبوراً أو كسر إناء ذهب، أو فضة – لم يضمنه، وأما إذا أتلفه فإنه يضمنه بوزنه ذهبًا ، أو فضة بلا صناعة . . قال الحارثى : لا خلاف فيه . . . ، والفرق بينه وبين آلة اللهو : أن الذهب والفضة لا يتبعان الصنعة ، بل هما مقصودان عملاً ، أو كسراً » [1] . ومثل هذا لو « كسر ، أو شق إناء فيه خمر مأمور بإراقتها – وهى ماعدا خمر الخلال ، وخمر الذمى المستترة– لم يضمن إناءها تبعًا لها، ولو قدر على إراقتها بدونه ؛ لأمره – ﷺ – بكسر دنانها » [2] .

وأيضًا فإنه يكون كما سبق إتلاف « نرد ، أو شطرنج. قال فى الفروع : ظاهر كلام الأصحاب : أن الشطرنج من آلة اللهو[3] ، قيل : بل هى من أعظمها ، وقد عم البلاء بها » [4] .

---

(١)- كشاف القناع (٤ / ١٣٢) .
(٢) السابق (٤ / ١٣٣) .
(٣) قال في الفروع (٤ / ٥٢٤) : « وظاهر كلامهم أن الشطرنج منها ».
(٤)- كشاف القناع (١٣٣/٤) .

وأيضًا فمن هذا «ما لو أتلف بحرق أو غيره آلة سحر ..، أو تنجيم ......، أو أتلف أو ثانًا، أو خنزيرًا، أو أتلف كتب مبتدعة مضلة، أو أتلف كتب أكاذيب أو سخائف لأهل الخلاعة والبطالة ، أو أتلف كتب كفر – لم يضمنها لعدم احترامها ..، أو أتلف كتابًا فيه أحاديث رديئة – أى : تفرد بها وضاع أو كذاب – قال فى شرح المنتهى : وظاهره ولو كان معه غيره، ويؤيد ذلك ما قاله فى « الفنون » ، وهو : أنه يجوز إعدام الآية من كتب المبتدعة لأجل ما هى فيه ، وإهانة لما وضعت له ، ولو أمكن تمييزها (١) ، أو كسر حليا محرما على ذكر لم يستعمله ..، يصلح للنساء – لم يضمنه؛ لعدم احترامه، وأما إذا أتلفه فقد تقدم أن محرم الصناعة يضمن بمثله وزنًا ، وتلغى صناعته » (٢) .

فهذه النصوص قد اشتملت على عدد من التصرفات التى بها إخلال بمصالح : كإتلاف آلات اللهو ، وكسر آنية الذهب والفضة، وشق دنان الخمر، وإتلاف كتب الضلال ... إلخ ، على أنه لما كانت تلك المصالح غير محترمة (أى : غير متقومة) ، فإنه لم ينظر الفقه الحنبلى إلى الإخلال بها على أنه ضرر معتبر، ومن ثم لم يوجب ضمانها .

وهذا بخلاف مالو كانت المصلحة محل هذا الإخلال – أى : التى يقع عليها الإخلال – مشروعة : كأن يتلف دفًا لاحلق فيه، ولا صنوج، أو طبل حرب ، فإنه يعد هذا الإخلال ضررًا معتبرًا موجبًا للضمان (٣) .

---

(١)- نقله في الفروع (٤ / ٥٢٤) .

(٢) - كشاف القناع (٤ / ١٣٣) . وانظر في مثل ذلك : شرح منتهي الإرادات (٢/ ٤٣٢ ، ٤٣٣) ، والفرع (٤ / ٥٢٣ ، ٥٢٤) .

(٣)- انظر : كشاف القناع (٤ / ١٣٢) .

لكن يلاحظ – هنا – أن الحنابلة يفرقون فى إتلاف آنية الفضة والذهب بين أن يكون الإتلاف للهيئة المحرمة ، وبين أن يكون لمادة الصنع التى هى الذهب والفضة ، ففى الأول : لا ضمان ؛ لأن الصناعة المحرمة ملغاة– أى مهدرة – فلا قيمة لها.

وفى الثاني : يضمن الذهب بمثله وزنًا ، وكذلك الفضة .

وعلى هذا لو أتلف حليًا محرمًا على ذكر لم يستعمله يصلح للنساء، فإنه لا يضمن الهيئة المحرمة فقط ، ويكون ضامنًا مادة الصنع – ذهبًا كانت أو فضة – بمثلها وزنًا.

والحاصل من مجموع هذا الذى قدم أن الفقه الحنبلى يعتمد هذا الضابط من ضوابط اعتبار التصرف المخل بالمصلحة ضرراً ، ضابط : أن تكون المصلحة محل هذا الإخلال مشروعة فى الأصل – وهى ما يعبرون عنها بالمحترمة ، أو بما يباح الانتفاع بها – لا أنها تكون محرمة ، أو ممنوعًا منها .

خاتمة هذا المبحث :

وبهذا يكون قد ظهر لنا أن الفقهاء لا ينظرون إلى كل إخلال بمصلحة على أنه ضرر معتبر موجب للضمان ؛ إذ إن الذى يعتبر ضرراً هو ما يكون إخلالاً بمصلحة مشروعة فى الأصل لا أنها محرمة ، أوممنوع منها . ويعبر عن تلك المصلحة فى الفقه الإسلامى بالمتقومة ، أو المحترمة ، أو المباحة .

فإن كان الإخلال بمصلحة محرمة أو ممنوع منها لم يعد مثل ذلك ضرراً معتبراً موجبًا للضمان. ويعبر عن تلك المصلحة بأنها غير متقومة، أوغير محترمة، أو غير مباحة (أى : لا يباح الانتفاع بها) .

وهذا النظر محل اتفاق بين الفقهاء، على أنهم يختلفون فى بعض الفروع عند التطبيق من جهة هل تكون مثل هذه المصلحة متقومة فى حق حائزها ؟ فيحكم على التصرف المخل بها بأنه من الضرر المعتبر الموجب للضمان ، أو أنها لا تكون متقومة ؟ فيحكم على الإخلال الواقع عليها بأنه ليس ضرراً معتبراً ، ومن ثم فلا يجب الضمان .

وذلك كمسألة خمر الذمى فقد رأينا أن الحنفية ، والإمام مالكًا ينظرون إليه على أنه مال متقوم فى حق أهل الذمة، ومن ثم فإنهم يبنون على هذا النظر أنه لو أتلف مسلم أو ذمى خمراً على ذمى فإنه يضمنه : يضمن المسلم القيمة، ويضمن الذمى المثل؛ وهذا لأن محل الإتلاف مال متقوم (أى : مصلحة مشروعة فى حق أهل الذمة) .

لكن الشافعية، والحنابلة ، وبعض المالكية لا يرون تقوم الخمر فى حق أهل الذمة، وبناء عليه فإنهم لا ينظرون إلى إتلاف خمر الذمى على أنه ضرر معتبر موجب للضمان ؛ ولهذا لا يغرم متلف خمر الذمى مسلمًا كان أو ذميًا فى المذهبين الشافعي، والحنبلى ، وكذلك الأمر بالنسبة لبعض فقهاء المالكية .

والذى يبدو للبحث أنه الصواب هو ما عليه الحنفية والإمام مالك ؛ لما سبق أن ذكر ، لكن ينبغى أن يحترز هنا بأن لا يظهر أهل الذمة ذلك على المسلمين ويعلنوه فيهم، بل يستترون فى ذلك بأن يتعاطوه فى محالهم المخصوصة.

والبحث - هنا - لا يفوته التأكيد على أن مباشرة الإتلاف للخمر ونحوها من آلات اللهو إنما هو لمأذون له فيه من أهل الحسبة ومن فى معناه وليس لآحاد الناس.

والحاصل : أن الفقهاء يعتمدون هذا الضابط الرابع من ضوابط اعتبار التصرف المخل بالمصلحة ضرراً ممنوعًا منه في الحكم بحيث إذا وقع فإنه يكون موجبًا للضمان، ضابط : أن تكون المصلحة محل هذا الإخلال - أي : التي يقع عليها الإخلال - مشروعة في الأصل لا أنها محرمة ، أو ممنوع منها.

وهذا الاعتماد من قبل الفقهاء إنما هو على وجه الإجمال؛ إذ إنهم يختلفون في بعض الفروع في الحكم على المصلحة - محل الإخلال - بأنها مشروعة، أو غير مشروعة، وذلك على النحو الذي سبقت الإشارة إليه .

وهكذا يكون أمر هذا الضابط قد اتضح ، وبناء عليه فإن البحث ينتقل إلى تفصيل القول بشأن الضابط الخامس ، ونفرد لذلك المبحث الخامس الذي نعرض له في الصفحات التالية .

****

المبحث الخامس

فى بيان الضابط الخامس لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضررا

والضابط الخامس لاعتبار الإخلال بالمصلحة (أى : الضرر) ضرراً ممنوعًا منه – فى الفقه الإسلامى – هو : أن تكون المصلحة التى أخل بها – أى : التى وقع عليها الإخلال – مستحقة للمضرور بأى وجه من وجوه الاستحقاق ، بحيث لو كانت غير مستحقة له لم يعد الإخلال بها ضرراً معتبراً فى حقه .

وإلى هذا المعنى تشير نصوص فقهية كثيرة قد أمكن البحث الوقوف عليها فى كتب الفقه ، وننقل – هنا – بعضاً منها، وذلك على هذا النحو :

أولاً : من نصوص المذهب الحنفى

جاء فى فتح القدير هذا النص :

« رجل أصاب ساحة فى القسمة فأراد أن يبنيها ، ويرفع بناءها ، وأراد الآخر منعه ، وقال : تسد عليّ الريح، والشمس . له أن يرفع بناءه ؛ لأن صاحب البناء – أى : صاحب البناء القديم– كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء، فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فإنما منعه عن الانتفاع بملكه ، ولم يتلف عليه ملكًا، ولا منفعة ، فصار كما لو أن لرجل شجرة يستظل بها جاره، فأراد قطعها، لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار ؛ يمنعه من ذلك الانتفاع »[1] .

---

(١)- فتح القدير (٧/ ٣٢٥، ٣٢٦).

وكذلك الأمر فيما لو كان محل وقوع الضرر مباحًا لعموم الأفراد . وليس مستحقًا لأحدهم ؛ إذ لم يثبت إحرازه له، ولا استيلاؤه عليه ، فإنه لا يعد الإخلال بمثل ذلك ضررًا معتبرًا - يحكم بمنعه، وبوجوب الضمان فيه - في حق معين على وجه الخصوص . =

فهذا النص يدل دلالة واضحة على أنه لا يعد ضرراً معتبراً– يمنع منه فى الحكم – ذلك التصرف الذى يخل بمصلحة ليست مستحقة للمضرور، فصاحب البناء القديم لما كان الهواء الذى ينتفع به هو هواء ملك صاحب الساحة لا هواء ملكه ، لم يستحق أن يمنع صاحب الساحة من البناء الذى يمنع عنه هذا الهواء.

ويظهر الأمر بصورة أكثر وضوحًا من مثال الجار الذى كان يستظل بشجرة جاره، فإنه لو عنّ لصاحب الشجرة أن يقطع شجرته ، فليس للمستظل أن يرفع دعوى ضرر إلى القضاء يطلب فيها المنع من القطع ؛ ذلك أن منفعة الاستظلال لم تكن مستحقة له .

ثانيًا : من نصوص المذهب المالكى

جاء فى التمهيد لابن عبد البر هذا النص:

« من أحدث بناء فى رحا ماء أوغير رحا، فيبطل ما أحدثه على غيره منفعة قد استحقت ، وثبت ملكها لصاحبها، منع من ذلك ؛ لأن إدخاله

= قال فى البدائع: «ولو هدم بيتًا مصوراً ضمن قيمة البيت، والصور غير مضمونة ؛ لأن الصور على البيت لا قيمة لها ؛ لأنه محظور .....، وعلى هذا تخرج المباحات التى .ليست بمملوكة لأحد ؛ لأنها غير مضمونة بالإتلاف ؛ لعدم تقومها ؛ إذ التقوم يبنى على العزة والحظر ، ولا يتحقق ذلك إلا بالإحراز ، والاستيلاء » . البدائع (٧/ ١٦٨) .

لكن يبقى أن للدولة ممثلة فى الإمام أو من ينوب عنه المنع من مثل ذلك وتضمين محدثه ؛ استناداً إلى ما جاءت به الشريعة من تحصيل المصالح وتكميلها ، وتعطيل المضار وتقليلها .

وهذا بخلاف المباحات التى يسبق إليها إنسان فإنه قد ثبت حقه فيها شرعًا بحوزه لها ، واستيلائه عليها دون غيره ، وسبقه إليها لا مخالفة فيه للشارع فصح ، ومن ثم يكون كل تصرف من شأنه الإخلال بمثل هذا ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم .

وبذلك يظهر أن تقديم حق المسبوق على حق السابق ليس بمقصود شرعًا إلا مع إسقاط السابق لحقه ، وذلك لا يلزمه ، بل قد يتعين عليه حق نفسه .

وانظر فى مثل هذا : الموافقات للشاطبى المالكى (٢ / ٣٥٠ ، ٣٥١) .

المضرة على جاره بما له فيه منفعة كإدخاله عليه المضرة بما لا منفعة فيه، ألا ترى أنه لو أراد هدم منفعة جاره وإفسادها من غير بناء يبنيه لنفسه، لم يكن ذلك له، فكذلك إذا بنى ، أو فعل لنفسه فعلا يضر بجاره ، ويفسد عليه ملكه، أو شيئا قد استحقه ، وصار ماله، وهذه أصول قد بانت عللها فقس عليها ما كان فى معناها تصب إن شاء الله »(١) .

فالضرر الذى يمنع منه فى الفقه المالكى بحيث إذا وقع فإنه يكون موجبًا للضمان – هو ما كان محله منفعة مستحقة للمضرور كما هو الظاهر من قول ابن عبد البر : « فيبطل ما أحدثه على غيره منفعة قد استحقت ، وثبت ملكها لصاحبها »،وقوله :« ويفسد عليه ملكه، أو شيئا قد استحقه ، وصار ماله » .

ومعنى هذا : أنه لو كانت المنفعة محل وقوع الضرر – أى : التى أخل بها – غير مستحقة للمضرور، لم يعد ذلك الإخلال ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ؛ لأن المضرور لايكون صاحب حق فى رفع دعوى الضرر إلى القضاء طالبًا المنع منه، أو الرفع له .

وإلى مثل هذا يشير الشاطبى حيث يقول فى معرض حديثه عن المزاحمة على الحقوق فيما إذا تعارض إضراران : إضرار صاحب اليد والملك، وإضرار من لا يد له ولا ملك : « فالمعلوم من الشريعة تقديم صاحب اليد والملك »(٢) . أى : أن ضرره هو الذى يعتبر فيمنع منه، ولو بأن يتحمل من لايد له ولا ملك نوع ضرر ؛ لأن الإضرار بمصلحة صاحب اليد والملك – إضرار بمصلحة مستحقة ومن ثم فإنه يكون معتبراً فيحكم بمنعه ، وهذا بخلاف من لا يد له ، ولا ملك .

---

(١)- التمهيد لابن عبد البر (٢٠/ ١٦١).
(٢)- الموافقات (٢/ ٣٥٢، ٣٥٣).

ثالثًا : من نصوص المذهب الشافعي

جاء في الروضة في باب التزاحم على الحقوق أن الطريق قسمان : «نافذ، وغيره. أما النافذ فالناس كلهم يستحقون المرور فيه، وليس لأحد أن يتصرف بما يبطل المرور، ولا أن يشرع فيه جناحًا، أو يتخذ على جدرانه ساباطا يضر بالمارة» [١] . وتكييف ذلك: أنه لما كانت مصلحة المرور مستحقة لجميع المارة فإنه يعد أي تصرف يخل بهذه المصلحة : كأن يشرع أحد فيه جناحًا أو يتخذ على جدرانه ساباطا – ضررًا معتبرًا يمنع منه في الحكم.

وهذابخلاف الطريق الذي لا ينفذ ، فإنه يكون لأحد سكانه – بإذن الباقين – إشراع الجناح، واتخاذ الساباط، ولا يعد مثل ذلك ضررًا معتبرًا يسوغ للمارة رفع دعوى الضرر إلى القضاء طلبا للمنع، أو الرفع؛ ذلك أن منفعة المرور – التي أخل بها على نحو ما – ليست مستحقة لهم ، وإنما مستحقة لأهل الطريق – أي : سكانه – ، وقد أذنوا لصاحبهم [٢] .

رابعًا : من نصوص المذهب الحنبلي

جاء في المغني هذا النص:

« وإن أوقد نارًا فأيبست أغصان شجرة غيره ضمنها؛ لأن ذلك لايكون إلا من نار كثيرة، إلا أن تكون الأغصان في هوائه، فلا يضمنها ؛ لأن دخولها عليه غير مستحق، فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها » [٣]

---

(١)- الروضة (٤/ ٢٠٤).

(٢)- السابق (٤/ ٢٠٦، ٢٠٧).

(٣)- المغني (٥/ ٤٥٣).

فهذا النص يفيد أن حصول أغصان صاحب الشجرة فى هواء الغير مصلحة غير مستحقة له، ومن ثم فإنه لا يعتبر التصرف الذى من شأنه الإخلال بتلك المصلحة :كأن يوقد صاحب الهواء ناراً فتحترق بها الأغصان وتيبس – من الضرر الممنوع منه فى الحكم والذى يجب فيه الضمان .

وهكذا يظهر لنا من هذا العدد من النصوص أن الفقهاء على اختلاف مذاهبهم يعتمدون هذا الضابط الخامس من ضوابط الضرر،وذلك من حيث الجملة على أنه يقع الخلاف فيما بينهم فى ثبوت استحقاق هذه المصلحة أوعدمه، ومن ثم فإن الإخلال بمثل هذه المصلحة – المختلف على استحقاق المضرور لها – يختلف الحكم عليه – من مذهب إلى آخر – من جهة هل يعد ذلك ضرراً معتبراً ، أو لا؟ فالذين يرون أنها مصلحة مستحقة للمضرور يعدون الإخلال بها ضرراً معتبراً يحكم بمنعه وبوجوب ضمان ما تولد عنه.

وأما الذين لا يرون أنها مصلحة مستحقة للمضرور فإنهم لا يعدون الإخلال بها ضرراً معتبراً فى حقه .

وحتى يتضح الأمر فإن البحث يمثل لذلك بهذين الفرعين الفقهيين من كتاب النكاح، **الفرع الأول** : وطء الزوج لزوجه، **والفرع الثانى** : خدمة الزوج – المرأة – لزوجها ، وتفصيل القول فى ذلك على هذا النحو :

أولاً : وطء الزوج لزوجه

المقصود بالتمثيل بهذا الفرع هو هل يحتمل عقد الزواج هذا الحق للمرأة : أن يطأها الزوج بقدر كفايتها وحاجتها ، أو بتعبير آخر : هل تستحق المرأة بعقد الزواج هذه المصلحة :أن يطأها زوجها بقدركفايتها وحاجتها بحيث إذا أخل الزوج بهذه المصلحة فإنه يعد ذلك ضرراً بالمرأة

يخول لها رفع دعوى ضرر عليه ؟

وللجواب عن ذلك يعرض البحث لوجهات مذاهب الأئمة الأربعة بهذا الخصوص .

١- وجهة الفقه الحنفى

يقرر الحنفية أنه لا يدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى ، بمعنى : أن الزوجة إذا طالبت الزوج بالوطء فإنه يجب عليه، ويجبر عليه فى الحكم مرة واحدة ، والزيادة على ذلك تجب فيما بينه وبين الله – تعالى – ، ولا تجب عليه في الحكم .

قال في الدر : « ويسقط حقها – يعنى فى الوطء – بمرة – فى القضاء – ويجب ديانة أحياناً »(١).

وقال فى مجمع الأنهر: « وقد صرحوا بأن جماعها أحياناً واجب – أى ديانة – لكن لا تدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولي » (٢) .

وقال فى فتح القدير: « صرح أصحابنا بأن جماعها أحياناً واجب ديانة، لكنه لا يدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولي » (٣) ، قال فى النهر : « فى هذا الكلام تصريح بأن الجماع بعد المرة حقه ، لاحقّها » (٤) .

إذاً فليس يحق للمرأة قضاء التضرر من عدم الوطء بعد الوطأة الأولي؛ ذلك أن حقها فى الوطء قد استوفته بالمرة الأولى ، ومافوق ذلك

---

(١)- الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين (٣/ ٢٠٢).

(٢)- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر(٢/ ٣٧٣).

(٣)- فتح القدير (٣/ ٤٣٥).

(٤)- نقله ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار (٣/ ٢٠٢).

ليس بحق لهـا من وجـهـة الفـقـه الحنفي، ومن ثم فـإنه لا ينظر هذا الفـقـه إلى الإخلال بالوطء على أنه ضرر معتبر يمنع منه فى الحكم ؛ لأنه إخلال بمصلحة غير مستحقة.

على أنه يلاحظ أن الحنفية يفرقون بين ما هو حق للمرأة من الوطء، وما هو واجب على الزوج- ديانة - مـن ذلك ، فـالأول يجـبـر الزوج عليـه فى الحكم ، والثانى لايجبر عليه، إنما يأثم بتركه، وعند بعضهم يجبر عليه فى الحكم .

وتشير إلى هذا جملة نصوص نذكر منها ما جاء فى بدائع الصنائع.

قال الكاساني: «للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء؛ لأن حله لها حقها، كما أن حلها له حقه، وإذا طالبته يجب على الزوج ، ويجبر عليه فى الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تجب فيـمـا بينه وبين الله - تعالى - من باب حسن المعاشرة، واستدامة النكاح ، فلا تجب عليه فى الحكم عند بعض أصحابنا ، وعند بعضهم تجب عليه فى الحكم» [١].

لكن لم يبين المصنف - كمـا هو الظاهر - حد الزيادة على المرة، وقد تعقبه ابن نجيم فى كتابه البحر حيث قال : «ولم يبين حد الزيادة ، ولا يمكن أن يقال كلما طلبت ؛ لأنه موقوف على شهوته لها» [٢].

وقد حاول ابن عابدين الانتصار للقول بأن الجماع بعد المرة الأولى حق الزوج والزوجـة أيضًـا ، وبأنه تجب الزيادة عليـه فى الحكـم ، وذلك حـيـث يقـول فى الجماع بعد المرة : «هو حقـه وحقـهـا أيضا ؛ لما علمت من أنه

(١)- بدائع الصنائع (٢/ ٣٣١).
(٢)- البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٢٣٥).

واجب ديانة ....، وسيأتي في باب الظهار: أن على القاضي إلزام المظاهر بالتكفير ؛ دفعًا للضرر عنها ، بحبس ، أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق ، وهذا ربما يؤيد القول المار بأنه تجب الزيادة عليه في الحكم» (١) .

وهكذا يظهر لنا أنه يوجد في المذهب أقوال بأن الجماع بعد المرة حق للزوجة كما أنه حق للزوج، وبناء عليه فإنه يعد الإخلال به : كأن يمتنع الزوج عنه لغير عذر – ضرراً معتبراً يحكم برفعه وذلك بأن يلزم القاضي الزوج بالجماع، ويجبره عليه .

تلك هي خلاصة وجهة الفقه الحنفي بهذا الخصوص، ونعرض الآن لوجهة الفقه المالكي .

٢- وجهة الفقه المالكي

جاء في أسهل المدارك أن الزوج «لا يلزمه الوطء بل ذلك بحسب رغبته ما لم يقصد إضراراً» (٢) ومعنى هذا : أن الوطء متروك لطبيعة الزوج في كل حال إلا أن يقصد الإضرار بالزوجة : كأن يكف عن الوطء لتتوفر لذته لزوجته الأخري، فحينئذ يجب عليه ترك الكف لأنه إضرار . قال الكشناوي : «ولا يكلف وطاها كل يوم، أو كل ليلة . بل قلنا يترك لطبيعته» (٣) .

لكن الذي في القوانين الفقهية لابن جزي خلاف ما ذكر ، فقد نقل المصنف عن المذهب أن «الجماع واجب على الرجل للمرأة إذا انتفى العذر» (٤).

---

(١)- حاشية رد المحتار على الدر المختار (٣/ ٢٠٢، ٢٠٣).

(٢)- أسهل المدارك (٢/ ١٢٨).

(٣)- المصدر السابق .

(٤)- القوانين (١٨٣) .

وهذا هو ما نقله النفراوى ، وقال به الأجهورى ، قال النفراوى : وأما الوطء فقد قال صاحب القبس : « الوطء واجب على الزوج للمرأة عند مالك إذا انتفى العذر » [1] .

وقال الأجهورى : « يجب على الرجل وطء زوجته، ويقضى به حيث تضررت المرأة بتركه وقدر عليه الزوج؛ لأن الإنسان لا يكلف مالا يطيقه ، والراجح أنها إذا شكت قلة الوطء يقضى لها فى كل أربع ليال بليلة »[2] .

وإلى مثل هذا أشار الزرقانى في شرحه على سيدى خليل وذلك حيث يقول – رحمه الله – بأن الزوج « يجب عليه وطء زوجته، ويقضى عليه به حيث تضررت بتركه، فإن شكت قلته، قضى لها بليلة فى كل أربع على الراجح » [3] .

ويؤيد من صواب هذا ما جاء فى المدونة بخصوص رجل صائم النهار، وقائم الليل سرمد العبادة، وقد خاصمته امرأته فى ذلك .ونص الواقعة : « أرأيت رجلاً صائم النهار، وقائم الليل سرمد العبادة ، فخاصمته امرأته فى ذلك . أيكون لهاعليه شيء فى قول مالك ؟

قال : أرى أنه لا يحال بين الرجل وبين ما أراد من العبادة، ويقال له : ليس لك أن تدع امرأتك بغير جماع. فإما أن جامعت ، وإما أن فرقنا بينك وبينها.

قال ابن القاسم: إلا أنى سألت مالكًا عن الرجل يكف عن جماع امرأته من غير ضرورة ولا علة ؟ قال مالك : لا يترك لذلك حتى يجامع أو يفارق على ما أحب أو كره ؛ لأنه مضار . فهذا الذى يدلك على الذى

---

(١)- انظر : أسهل المدارك (٢/ ١٢٨).

(٢) المصدر السابق. (٣)- شرح الزرقانى (م٢/ جـ٤/ ٥٦).

سرمد العبادة إذا طلبت المرأة منه ذلك أن عبادته لا تقطع عنها حقها الذى تزوجها عليه من حقها فى الجماع » (١) .

وعلى هذا فإنه يكون من حق المرأة على زوجها أن يطأها مالم يكن له عذر فى الامتناع عن ذلك، ومن ثم فإنه يعد إخلال الزوج بالوطء ضرراً معتبراً يحكم برفعه ؛ لأنه إخلال بمصلحة واجبة للمضرور ، ومن حقه، وهو ما أشارت إليه عبارة المدونة ، والقوانين ، والزرقانى ، والنفراوي، والأجهوري.

وليس بخاف أن الأمر يختلف فيما لو قلنا بأن الزوج لايلزمه الوطء بل ذلك يجب بحسب رغبته مالم يقصد إضراراً ؛ إذ إن الإخلال بالوطء - حينئذ- والعزوف عنه يكون إخلالاً بمصلحة لا تجب للمضرور وليست من حقه ، وبناء عليه لا يعد هذا الإخلال ضرراً معتبراً يحكم برفعه .

وهذا الذى قدمت هو جملة ما وقفت عليه فى كتب المذهب بهذا الخصوص ، ونعرض الآن لوجهة الفقة الشافعي.

٣- وجهة الفقه الشافعى

يرى الشافعية أن الوطء حق الزوج لا الزوجة، ومن ثم فإنه يجوز له تركه، وليس لأحد أن يجبره عليه .

قال فى المهذب :« ولا يجب عليه الاستمتاع - أى الجماع - ؛ لأنه حق له، فجاز له تركه : كسكنى الدار المستأجرة، ولأن الداعى إلى الاستمتاع الشهوة، فلا يمكن إيجابه » (٢) .

---

(١)- المدونة مع مقدمات ابن رشد (٢/ ١٩٩).

(٢)- المهذب (٢/ ٨٥) . ومع هذا فإن الشافعية يستحبون أن لا يعطل الزوج زوجه ؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص - رضى الله عنهما - قال : قال لي رسول الله - ﷺ - : « يا عبدالله ، ألم=

ونقل فى تكملة المجموع عن العمرانى : أن إجبار الزوج على الوطء غير صحيح ؛ لأنه حق له، فجاز له تركه؛ ولأن الداعى إليه الشهوة، وذلك ليس إليه ، لكن يستحب أن لا يخليها من الجماع؛ لأنه إذا لم يجامعها لم يأمن الفساد ، وربما كان سببًا للعداوة والشقاق بينهما (١) .

وهذا هو المنصوص عن الشافعى - رحمه الله تعالى - ، نقله المزنى فى مختصره، وعبارته فى ذلك أنه « يجبر - الزوج- على القسم ، فأما الجماع فموضع تلذذ، ولا يجبر أحد عليه » (٢) .

ومعنى هذا أن الفقه الشافعى لا يعد إخلال الزوج بالوطء ضررًا معتبرًا يحكم برفعه ؛ ذلك لأنه إخلال بمصلحة لا تجب للمضرور - أى للمرأة - وليست من حقه .

وننتقل بعد ذلك إلى حيث الفقه الحنبلى لنتعرف على وجهته بهذا الخصوص.

٤- وجهة الفقه الحنبلى

يرى الحنابلة أن على الرجل وطء زوجه كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر(٣) .

=أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت : بلى يا رسول الله . قال : فلا تفعل ، صم وأفطر ، وقم ونم ، فإن لجسدك عليك حقًا ، وإن لعينك عليك حقًا، وإن لزوجك عليك حقًا». [البخارى مع الفتح (٩/ ٢١٠) كتاب النكاح ، باب : «لزوجك عليك حق»] ولأنه إذا عطلها لم يأمن الفساد، ووقوع الشقاق .

(١)- تكملة المجموع الثانية للشيخ محمد نجيب المطيعى - رحمه الله - (١٦/ ٤١٥).

(٢)- مختصر المزنى بهامش الأم (٤/ ٤٢) . وبمثل هذا يقول الزيدية . جاء فى البحر الزخار (٤/ ٧٧، ٧٨): «ولايلزمه- أى الزوج- جماعها ؛ إذ الحق له ...؛ بدليل أنه لو دعته كل يوم لم يلزمه إجماعًا بخلافها».

(٢)- انظر : المغنى (٨/ ١٤١، ١٤٢) ، والشرح الكبير (٨/ ١٣٨)، والإنصاف (٨/ ٣٥٤)، والمبدع (٧/ ١٩٨) ، والفروع (٥/ ٣٢١) ، وكشاف القناع (٥/ ١٩٢)، وشرح منتهى الإرادات (٣/ ٩٦) ، والمحرر (٢/ ٤١).

قــال فى الإنصــاف : هذا المذهــب بلاريب ، وعليــه جــمــاهيــر الأصحاب[1] .

وقال ناظم المفردات : هذا هو المشهور[2] .

وقيل : يرجع فيه إلى العرف [3] . أى : أنه يجب على الرجل وطء زوجه، ويرجع في تحديد مقدار الواجب إلى العرف ، لا أن ذلك يقدر بمرة كل أربعة أشهر .

وعن أحمد : ما يدل على أن الوطء غير واجب إن لم يقصد بتركه ضرراً [4] ، واختاره القاضي .

واختار الشيخ تقى الدين ابن تيمية : أنه يجب على الرجل أن يطأ زوجه بالمعروف وأن ذلك من أوكد حقها عليه : أعظم من إطعامها [5] .

والأصح – عند ابن تيمية – أن الوطء الواجب : ما كان بقدر حاجتها وقدرته كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته [6] .

وحد ذلك : مالم ينهك بدنه، أو يشغله عن معيشته . هذا من جهة الرجل .

ومن جهة المرأة : أن يتحقق لها بالوطء الكفاية .

---

(١)- الإنصاف (٨/ ٣٥٤).

(٢) - المنح الشافيات شرح المفردات (٢/ ٥٢٦).

(٣)- الإنصاف (٨/ ٣٥٤)، والفروع (٥/ ٣٢١).

(٤)- انظر : الإنصاف (٨/ ٣٥٤).

(٥)- انظر : مجموع الفتاوى (٣٢/ ٢٧١).

(٦)- اختيارات ابن تيمية لبرهان الدين إبراهيم بن القيم (٦) ، والإنصاف (٨/ ٣٥٤).

وبهذا يظهر أن وجوب وطء الرجل لامرأته – عند ابن تيمية – مداره على هذين الأمرين : قدرة الرجل ، وكفاية المرأة ، وذلك من غير تقدير بمدة . وهو من المفردات أيضاً .

ومجموع هذا الذى ذكر يدل دلالة قاطعة على أن الفقه الحنبلي ينظر إلى وطء الرجل لزوجه على أنه حق للزوجة كما أنه حق للزوج . وفى هذا يقول ابن قدامة : « النكاح شرع لمصلحة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما ، وهو – يعنى : الوطء – مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل . . . ، فيكون النكاح حقًا لهما جميعًا ؛ ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها فى العزل كالأمة » (١) .

إذاً فمسألة وجوب وطء الرجل لامرأته وأن ذلك من حقوقها ، بل من أوكد حقوقها عليه – محل اتفاق عند أكثر الحنابلة، وغاية ما هنالك أنهم يختلفون فى تحديد مقدار هذا الواجب .

وبناء عليه فإن يكون إخلال الزوج بالوطء ضرراً معتبراً فى الفقه الحنبلي؛ لأنه من قبيل الإخلال بما يجب للمضرور وما هو من حقه . لكن ينبغى – هنا – مراعاة ضابط تحديد مقدار هذا الواجب، وذلك وفق ما أشير إليه .

وجهة البحث بهذا الخصوص

والذى يراه البحث بهذا الخصوص إنما هو ما قال به ابن تيمية ؛ لأنه أرعى لحق المرأة فى الوطء ؛ إذ المتفق عليه أن المقصود الأصلى للنكاح : الوطء ، فكيف يكون مقصوداً أصليا ولا يتحقق إلا مرة واحدة فى الحكم،

---

(١)– المغنى (٨/ ١٤٢).

أو مرة كل أربعة أشهر، أو أنه لا يجب ؟!

ولأن نصوص القرآن والسنة توجب العشرة بالمعروف ، والوطء بحسب قدرة الرجل وحاجة المرأة – من غير شك – داخل في المعاشرة بالمعروف ؛ إذ كيف يتصور أن تقوم عشرة بالمعروف بين رجل وامرأة ، لا توفى المرأة منه حقها في الوطء على نحو ما قال به الفقهاء ؟!

فالوطء أعون لتسكين المرأة وتذليل جانبها ، فيتحقق بسببه معنى : العشرة بالمعروف، وبدونه يتعذر ذلك إلا في حالات نادرة، وهو ما يشهد به واقع الحياة، واستقراء أحوال الرجال مع النساء.

وهذا هو مافهمه شيخ الإسلام – رحمه الله تعالى – فقاله ، فكان قوله أوفق من حيث النصوص المثبتة له، ومن حيث الواقع الذى يصححه .

ويدل على ذلك حديث أبي موسى الأشعري ، وعائشة في قصة خويلة بنت حكيم ، وكانت عند عثمان بن مظعون ، وكانت امرأة جميلة عطرة ، تحب اللباس والهيئة لزوجها ، فرأتهاعائشة وهي تفلة ، وفي رواية : بذاذة هيئتها ، فلما سئلت عن ذلك ، وقد قيل لها : مالك في قريش أغنى من بعلك ؟! قالت : ما لنا منه شيء ، أما نهاره فصائم، وأما ليله فقائم ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فلقيه، فقال : « ياعثمان : أما لك فيَّ أسوة؟ قال: وما ذاك يا رسول الله ، فداك أبي وأمي . فقال أما أنت فتقوم بالليل، وتصوم بالنهار، وإن لأهلك عليك حقًا، فصل ، ونم ، وصم ، وأفطر» (١) ، وفي رواية : «فبعث إليه رسول الله ﷺ فجاءه ، فقال : يا عثمان

---

(١)- مجمع الزوائد للهيثمي (٤ / ٣٠٢) . كتاب النكاح ، باب : «حق المرأة علي الزوج »، وعزاه إلي أبي يعلي ، والطبراني بأسانيد، وقال : وبعض أسانيد الطبراني رجالها ثقات .

أرغبت عن سنتي ؟ ! قال : لا والله يا رسول الله ، ولكن سنتك أطلب، قال : فإنى أنام وأصلى ، وأصوم وأفطر، وأنكح النساء، فاتق الله يا عثمان، فإن لأهلك عيك حقًا . . . » (١) .

قال أبو موسى : « فأتتهم المرأة بعد ذلك عطرة كأنها عروس ، فقلن لها مه؟ » .

قالت : « أصابنا ما أصاب الناس » .

فهذا الحديث ظاهر في وجوب وطء الرجل زوجه بالمعروف بحسب قدرته ، وحاجتها.

فالنبى - ﷺ - قد عد ترك الوطء رغبة عن السنة، وهو ظاهر من الحديث، كما أنه جعل الوطء حقًا للمرأة في قوله : « وإن لأهلك عليك حقًا »، ولا يمكن صرف الحق - هنا - إلى النفقة والرعاية بجميع صورها؛ إذ دلت مجموع روايات الحديث على أنها كانت في غنى من حيث النفقة، وهذا المعنى ظاهر من سؤالهم عن سبب ما بها وجوابها عن ذلك، فقد قالوا : « مالك في قريش أغنى من بعلك ؟! » ، فأجابت بقولها : « مالنا منه شيء ، أما نهاره فصائم ، وأما ليله فقائم »، فهذا يفيد أن علة ما بها ليست هى التقصير فى الإنفاق، وإنما هى - فى حقيقة الأمر إهمال الوطء والاعتزال.

وعليه فإن إصلاح النبى له بقوله: « إن لأهلك عليك حقًا » يكون مقصوداً به تقويم العيب- الذى هو ترك الوطء - لا غيره، ولازم ذلك : أن يكون من حق أهله عليه أن يطأها بالمعروف .

---

(١)- المصدر السابق (٤/ ٣٠١) ، وعزاه إلي مسند أحمد ، والبزار .

وبهذا يظهر أن إخلال الزوج بالوطء – مع قدرته عليه – يعد ضرراً معتبراً يخول للزوجة مخاصمته إلى القضاء؛ لأنه إخلال بمصلحة واجبة لها ومن حقها ، فيخير بين هذين : إما أن يعود إلى الوطء بالمعروف، وإما أن يفرق بينهما، وذلك هو أعدل الأقوال، وأولاها بالقبول .

وهكذا نكون قد فرغنا من مسألة وطء الزوج لزوجه، ونتناول فيما يلى مسألة خدمة الزوج – المرأة – لزوجها .

ثانيًا : خدمة المرأة لزوجها

المقصود بالتمثيل بهذا الفرع هو هل يحتمل عقد الزواج هذا الحق للرجل : أن تقوم المرأة بالخدمة والعمل فى البيت : كأن تعد الطعام ، وتغسل الثياب، ونحو ذلك من أعمال البيت ؟

أو بتعبير آخر هل يستحق الرجل بعقد الزواج هذه المصلحة : أن تخدمه زوجه بالمعروف بحيث إذا أخلت بهذه المصلحة فإنه يعد هذا الإخلال إضراراً به يخول له مخاصمتها إلى القضاء لإجبارها على خدمته رفعًا للضرر عنه؟

وللجواب عن ذلك يعرض البحث لوجهات مذاهب الأئمة الأربعة بهذا الخصوص .

١ – وجهة الفقه الحنفى

تفيد مطالعة كتب الحنفية أنه لا يجب – قضاء – على الزوجة أن تقوم بالخدمة والعمل فى بيت الزوجية ؛ لأن عقد النكاح للعشرة الزوجية، وليس عقد استخدام وعمل .

قال فى الفتاوى الخانية : « وليس عليها – أى على الزوجة – أن

تعمل بيدها شيئًا لزوجها قضاء من الخبز ، والطبخ ، وكنس البيت ، وغير ذلك » (١) .

ومعنى هذا أن الحنفية يقررون أن عقد الزوج لا يحتمل هذا الحق للرجل : حق أن تخدمه زوجه، ومن ثم فإن إخلالها بالخدمة لا يعد ضرراً معتبراً يخول للزوج مخاصمتها إلى القضاء لإجبارها على ذلك رفعًا للضرر عنه ، لأن هذا الإخلال ليس إخلالاً بمصلحة مستحقة له .

لكن عند بعض كبار فقهاء الحنفية تفصيل فى ذلك حيث يرون أنه إذا امتنعت الزوجة عن الطحن ، والخبز فإن كانت ممن لا تخدم، أو كان بها علة فلا شيء عليها ، بل على الزوج أن يأتيها بطعام معد .

أما إن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك فلا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله، ولا يجوز لها أخذ الأجرة عليه لوجوبه عليها ديانة (لا قضاء) .

جاء فى البحر : أنه « لو فرض ما يحتاج إليه من الدقيق، والدهن، واللحم ، والإدام ، فقالت – أى الزوجة – : لا أعجن، ولا أخبز ولا أعالج شيئًا من ذلك ، لا تجبر عليه ، وعلى الزوج أن يأتيها بمن يكفيها عمل ذلك .

قال الفقيه أبو الليث : هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ ، والخبز، أو كانت ممن لا تباشر ذلك .

فإن كانت ممن تخدم نفسها ، وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله .

---

(١)- الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية (١/ ٤٤٣).

وفي بعض المواضع تجبر على ذلك . قال السرخسي : لا تجبر ، ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام ، وهو الصحيح .

وقالوا : إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة، وإن كان لا يجبرها القاضي ؛ ولذا قال في البدائع: لو استأجرها للطبخ، والخبز، لم يجز ؛ ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك ؛ لأنها لو أخذت لأخذت على عمل واجب عليها في الفتوى ، فكان في معنى الرشوة، فلا يحل لها الأخذ، وهو شامل لبنات الأشراف أيضًا ، ولذا استدل في البدائع لوجوبه – ديانة – بأنه – عليه الصلاة والسلام – قسم الأعمال بين علي وفاطمة ، فجعل أعمال خارج البيت على عليّ ، وأعمال الداخل على فاطمة مع أنها سيدة – رضي الله تعالى عنها – وأبوها سيد » [١] .

وفي الفتاوى الهندية : « إن قالت لا أطبخ ، ولا أخبز قال في الكتاب : لا تجبر على الطبخ والخبز ، وعلى الزوج أن يأتيها بطعام مهيأ، أو يأتيها بمن يكفيها عمل الطبخ والخبز.

قال الفقية أبو الليث – رحمه الله تعالى – : إن امتنعت المرأة عن الطبخ والخبز إنما يجب على الزوج أن يأتيها بطعام مهيأ إذا كانت من بنات الأشراف لا تخدم بنفسها في أهلها ، أو لم تكن من بنات الأشراف ، لكن بها علة تمنعها من الطبخ والخبز.

أما إذا لم تكن كذلك فلا يجب على الزوج أن يأتيها بطعام مهيأ . كذا في الظهيرية .

قالوا : هذه الأعمال واجبة عليها ديانة ، وإن كان لا يجبرها القاضي » [٢] .

---

(١)- البحر الرائق (٤/ ١٩٩) . وانظر : البدائع (٤/ ٢٤).

(٢)- الفتاوى الهندية (١/ ٥٤٨).

وفى الدر المختار أنه إذا «امتنعت المرأة من الطحن والخبز، إن كانت ممن لا تخدم ، أو كان بها علة ، فعليه أن يأتيها بطعام مهيا، وإلا بأن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك ، لا يجب عليه، ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك لوجوبه عليها ديانة، ولو شريفة؛ لأنه – عليه الصلاة والسلام – قسم الأعمال بين على وفاطمة، فجعل أعمال الخارج على عليٍّ – رضى الله عنه – والداخل على فاطمة – رضى الله تعالى عنها – مع أنها سيدة نساء العالمين» [١] .

وعلى هذا فإنه تكون المرأة التى هى ممن تخدم آثمة إذا امتنعت عن الخدمة ؛ لأن الخدمة تجب عليها ديانة ، لكن يبقى أنها لا تجبر على ذلك قضاء.

كذلك فإنه يتضح لنا أنه يوجد في المذهب – فى بعض المواضع – أن الزوجة تجبر على الخدمة إذا امتنعت كما نقل فى البحر الرائق.

ومثل هذا يدل على اعتبار بعض فقهاء الحنفية أن قيام المرأة بالخدمة والعمل فى البيت من حقوق الزوج عليها ، بحيث إذا أخلت بهذه الخدمة، فإن هذا الإخلال يكون ضرراً معتبراً ؛ لأنه إخلال بمصلحة تجب للمضرور ومن حقه، ومن ثم فإنه يكون للزوج مخاصمتها إلى القضاء طلباً لرفع هذا الضرر ، وذلك بإجبارها على الخدمة.

تلك هى جملة وجهة الفقه الحنفى بهذا الخصوص، وننتقل الآن إلى الفقه المالكى حتى نتعرف على وجهته .

---

(١)- الدر المختار مع حاشية رد المحتار لابن عابدين (٣/ ٥٧٩).

٢-الفقه المالكى

يرى المالكية أن على الزوج إخدام امرأته : كأن يستأجر لها خادمًا – إن كانت ممن لا يخدم .

فإن لم تكن أهلاً للإخدام فعليها الخدمة فى أمور خاصة نحو العجن، والطبخ، والكنس لمحل النوم ونحوه، والغسل لثوبه، والإناء، والفرش وطيه كما جرت بذلك عادة الناس.

لكن لا يلزمها الطحن ، والنسج، والغزل، ونحوها من كل ما هو حرفة للاكتساب عادة، فهى واجبة عليه لها .

قال فى الشرح الصغير : « ويلزمه – أى الزوج – إخدام الأهل للإخدام – أى شريفات القدر اللائى مثلهن لا يخدم – ، لا غير أهل الإخدام، وإن كان الإخدام لها بكراء ولو لحرة تخدمها ..، وقضى لها عند التنازع مع الزوج بخادمها التى تخدمها بشراء، أو كراء، ..، وإلا تكن الزوجة أهلا للإخدام فعليها الخدمة فى أمور خاصة نحو العجن، والطبخ، والكنس لمحل النوم ونحوه، والغسل لثوبه، والإناء ، والفرش، وطيه كما جرت به عادة غالب الناس »، لكن « لا يلزمها الطحن ، والنسج، والغزل، ونحوها من كل ما هو حرفة للاكتساب عادة، فهى واجبة عليه »[١] .

وقال فى القوانين : « فإن كانت الزوجة ذات منصب وحال، والزوج ملىء فليس عليها من خدمة بيتها شىء، ولزمه إخدامها.

---

(١)- الشرح الصغير (١/ ٥١٩، ٥٢٠) ، وانظر : الشرح الكبير (٣/ ٥١١)، وشرح الحطاب (٤/ ١٨٤، ١٨٥) ، والمواق (٤/ ١٨٥) ، وجواهر الإكليل (١/ ٤٠٣)

وإن كانت بخلاف ذلك، والزوج فقير فعليها الخدمة الباطنة – أى التى تكون فى البيت – من عجن ، وطبخ ، وكنس ، وفرش ، واستقاء ماء إذا كان معها فى البيت، وليس عليها غزل ولا نسج »[1].

ومعنى هذا أن من حق الزوج على زوجته : أن تخدمه خدمة مثلها فى المنزل.

قال فى أسهل المدارك :« وعليها من خدمته ما يخدم مثلها ...، يعنى من حق الزوج على زوجته : أن تخدمه خدمة مثلها فى المنزل »[2].

على أننا نلاحظ تقييد المالكية لهذا الحق بهذين الضابطين ، **الأول** : أن تكون الزوجة ممن مثلها يخدم لا أنها ممن يجب إخدامها ، **والثانى** : أن تكون هذه الخدمة فى المنزل لا خارجه، وهى ما يعبر عنها فى المذهب بالخدمة الباطنة، أو الخدمة فى أمور خاصة مما جرت به عادة غالب الناس ، لا ما هو حرفة للاكتساب عادة.

وحيث يتقرر هذا الحق بحصول الضابطين المشار إليهما فإنه يكون إخلال المرأة بالخدمة ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ؛ لأنه إخلال بمصلحة مستحقة للزوج، وبناء عليه فإنه يقضى بإجبار الزوجة على الخدمة .

وهذا بخلاف ما لو لم يتحقق الضابطان السابقان : كأن تكون المرأة شريفة القدر مثلها لا يخدم، بل يجب إخدامه، أو بأن تكون الخدمة خارج البيت فيما هو حرفة للاكتساب عادة ؛ فإنه لا يكون الإخلال بتلك الخدمة والامتناع عن القيام بها ضرراً معتبراً بالنسبة لهذا الزوج ؛ ذلك أنه إخلال بمصلحة ليست واجبة له ولا من حقه .

---

(١)- القوانين الفقهية لابن جزى (١٩٢).

(٢)- أسهل المدارك للكشناوى (٢/ ١٢٣).

وبهذا نكون قد وقفنا على وجهة الفقه المالكى بخصوص تلك المسألة، ونعرض فيما يلى لوجهة الفقه الشافعى .

٣- وجهة الفقه الشافعى

تصرح كتب الشافعية بأنه لا يجب على المرأة خدمة زوجها فى الخبز، والطبخ، والغسل، والطحن ، ونحو ذلك .

قال فى المهذب : « ولا يجب عليها خدمته – أى لا يجب على الزوج خدمة زوجها – فى الخبز والطحن ، والطبخ ، والغسل ، وغيرها من الخدم » [١] ، ويعللون لذلك بأن « المعقود عليه من جهتها الاستمتاع ، فلا يلزمها ما سواه » [٢] .

ويقول البغوى : « فأما الطبخ، والكنس ، والغسل ، فلا يجب شيء منها على المرأة، ولا على خادمها ، بل هو على الزوج ، إن شاء فعله بنفسه وإن شاء بغيره » [٣] .

ومعنى هذا – كما هو الظاهر – : أن الفقه الشافعى ينظر إلى عقد النكاح على أنه عقد لحل الاستمتاع وليس عقد استخدام وعمل ، ومن ثم فإن الشافعية اتجهوا إلى أنه لا يجب على الزوجة أن تقوم بالخدمة والعمل فى بيت الزوجية .

وبذلك فإنه لا يكون امتناع المرأة عن الخدمة والعمل فى البيت ضرراً معتبراً – بالنسبة للزوج – فى المذهب الشافعى ؛ لأن هذا الامتناع إنما هو امتناع عما لم يجب للزوج وليس من حقه .

---

(١)، (٢)- المهذب (٢/ ٨٤).

(٣)- الروضة (٩/ ٤٥).

هذا على أننا نجد أن المذهب : أنه إن كانت الزوجة ممن يُخْدَم فعلى الزوج إخدامها ، وبه قطع الجمهور وقيل في وجوب الخادم قولان ، وسواء في وجوب الإخدام كان الزوج معسراً، أو موسراً، أو مكاتباً، أو عبداً ، والاعتبار بالمرأة في بيت أبيها (١) .

قال الشافعي : «إن على الزوج أن يقوم بالمؤونة التي في صلاح صغار ولده من رضاع، ونفقة، وكسوة، وخدمة ..، وإن على الزوج ما لاغنى بامرأته عنه من نفقة ، وكسوة ، وسكنى ، وخدمة في الحال التي لا تقدر أن تنحرف لمالا صلاح لبدنها إلا به من الزمانة والمرض، فكل هذا لازم للزوج، ويمضي الشافعي في بيان ذلك إلى أن يقول : فإذا لم يكن لها خادم فلا أعلمه يجبر على أن يعطيها خادماً، ولكن يجبر على من يصنع لها من طعامها مالا تصنعه هي ، ويدخل عليها ما لا تخرج لإدخاله من الماء ، ومن مصلحتها، لا يجاوز به ذلك» (٢) .

ويظهر بهذا أن إخلال الزوج بإخدام زوجه التي تجب لها الخدمة يعد في الفقه الشافعي ضرراً معتبراً يسوغ أن يجبر الزوج على الإخدام ؛ ذلك أن الإخلال بالإخدام إنما هو إخلال بما يجب للمرأة ومن حقها، أو بتعبير آخر لأنه إخلال بمصلحة مستحقة للمرأة .

وهذا الذي قدمنا هو جملة وجهة الفقه الشافعي بخصوص مسألتنا هذه ، ويبقى أن نعرض لوجهة الفقه الحنبلي ، ونتناول ذلك فيما يلي :

---

(١)- الروضة (٩/ ٤٤).

(٢)- الأم (٥/ ٧٨).

٤-وجهة الفقه الحنبلي

المنصوص عليه في المذهب: أن المرأة لا يجب عليها خدمة زوجها في عجن، وخبز، وطبخ، ونحوه.

قال ابن قدامة: «وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن، والخبز، وأشباهه نص عليه أحمد» (١)؛ ذلك أن «المعقود عليه من جهتها الاستمتاع، فلا يلزمها غيره: كسقي دوابه، وحصاد زرعه» (٢).

وجاء في الإنصاف أنه «ليس عليها - أي على الزوجة- عجن، ولا خبز، ولاطبخ، ونحو ذلك على الصحيح من المذهب، نص عليه، وعليه أكثر الأصحاب، وقدمه في الفروع» (٣).

وقال في المبدع: «فرع: ليس عليها - أي الزوجة- طحن، وعجن، وخبز، نص عليه» (٤)

وجاء في كشاف القناع: «وليس واجبًا عليها خدمة زوجها في عجن، وخبز، وطبخ، ونحوه: ككنس الدار، وملء الماء من البئر، وطحن، نصًا» (٥)؛ وتعليل ذلك؛ «لأن المعقود عليه منفعة البضع، فلا يملك غيره من منافعها» (٦).

وبناء عليه فإنه لا يعد إخلال المرأة بهذه الخدمة وامتناعها عن القيام بها ضررًا معتبرًا بالنسبة للزوج؛ ذلك أن هذا الإخلال ليس إخلالاً بمصلحة مستحقة له.

---

(١)، (٢)- المغني (٨/ ١٣٠، ١٣١).

(٣)- الإنصاف (٨/ ٣٦٢)، وانظر: الفروع (٥/ ٢٢٩). قال المصنف: «وليس عليها عجن، وخبز، وطبخ، ونحوه، نص عليه، خلافًا للجوزجاني».

(٤)- المبدع (٧/ ٢٠٣).

(٥)- كشاف القناع (٥/ ١٩٥).

(٦)- المصدر السابق.

لكن يوجد فى المذهب من قال بوجوب أن تخدم المرأة زوجها .

قال فى الإنصاف : وقال الجوزجانى عليها ذلك (١) . هكذا مطلقًا .

وقال الشيخ تقى الدين : يجب عليها المعروف من مثلها لمثله ، وقد علق المرداوى على ذلك بقوله : الصواب أن يرجع فى ذلك إلى عرف البلد (٢) .

وخرج الشيخ تقى الدين - رحمه الله - الوجوب من نصه - أى من نص أحمد - على نكاح الأمة لحاجة الخدمة (٣) . وحيث قيل بالوجوب : وجوب أن تخدم المرأة زوجها ، فإنه يعد إخلالها بهذه الخدمة ضررًا معتبرًا يمنع منه فى الحكم ؛ لأنه إخلال بمصلحة مستحقة (تجب للمضرور، ومن حقه) .

وقد استدلوا لوجوب الخدمة بأنَّ النبى -ﷺ- قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت، وعلى على ما كان خارجًا من البيت من عمل (٤) ، وبأن النبى - ﷺ - قال : « ولو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أصفر إلى جبل أسود ، ومن جبل .. إلى جبل أبيض كان ينبغى لها أن

---

(١)- الإنصاف (٨/ ٣٦٢) ، وانظر : المغنى (٨/ ١٣٠)، وممن قال بالوجوب من العلماء أيضًا أبو بكر بن أبى شيبة، وأبو ثور .

(٢)- الإنصاف (٨/ ٣٦٢)، وانظر : مجموع الفتاوى (٣٤/ ٩٠، ٩١).

قال ابن تيمية: «فعليها أن تخدمه الخدمة المعروفة من مثلها لمثله ، ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال، فخدمة البدوية ليست كخدمة القروية، وخدمة القوية ليست كخدمة الضعيفة ».

(٣)- الإنصاف (٨/ ٣٦٢) . قال فى الفروع (٥/ ٢٢٩):« وفيه نظر ؛ لأنه ليس فيه وجوب الخدمة عليها».

(٤)- انظر : المغنى (٨/ ١٣٠).

تفعل» (١) ، فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه ؟!

وقد كان النبى - ﷺ - يأمر نساءه بخدمته ، فقال : «يا عائشة اسقينا ، يا عائشة أطعمينا ، يا عائشة هلمى الشفرة ، واشحذيها بحجر» (٢) .

وأيضا فإنه ثبت أن السيدة فاطمة أتت رسول الله - ﷺ - تشكو إليه ما تلقى من الرحا ، وسألته خادمًا يكفيها (٣) .غير أن ابن قدامة لم يسلم لهم بهذا الذى ذهبوا إليه منتصرًا بذلك للمذهب المنصوص عليه، فقال - رحمه الله - :

«ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره : كسقى دوابه، وحصاد زرعه، فأما قسم النبى - ﷺ - بين على وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية، ومجرى العادة، لا على سبيل الإيجاب ، كما قد روى عن أسماء بنت أبى بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير ، وتلتقط له النوي، وتحمله على رأسها، ولم يكن ذلك واجبًا عليها ؛ ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ، ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة، ولكن الأولى فعل ما جرت به العادة بقيامها به - أى : ندبًا - لأنه العادة، ولا تصح الحال إلا به ولا تنتظم المعيشة بدونه» (٤) .

---

(١)- أخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٣١٠)، كتاب النكاح، باب :«حق الزوج على المرأة»، وقال : رواه أحمد ، وفيه على بن زيد ، وحديثه حسن ، وقد ضعف.
وقد ذكر ابن قدامة نحوه فى المغنى (٨/ ١٣٠)، وعزاه إلي الجوزجاني بإسناده .

(٢)- انظر : المغنى (٨/ ١٣٠).

(٣)- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب فضائل الصحابة، باب: «مناقب على بن أبي طالب» من حديث ابن أبى ليلى . البخارى مع الفتح (٧/ ٨٨).

(٤)- المغنى (٨/ ١٣١)، وانظر فى مثل ذلك : المحلى لابن حزم (١٠/ ٧٤/ المسألة ١٩١٠).

وجهة البحث بهذا الخصوص:

والذى يراه البحث بهذا الخصوص أن العشرة بالمعروف – وهى من الحقوق المشتركة بين الزوجين – تقتضى أن تقوم الزوجة بمباشرة ماتقدر عليه من أمور الخدمة فى بيتها .

وفى هذا يقول ابن تيمية – رحمه الله تعالى – : «وتنازع العلماء: هل عليها أن تخدمه فى مثل فراش المنزل ، ومناولة الطعام ، والشراب ، والخبز ، والطحن ، والطعام لمماليكه، وبهائمه: مثل علف دابته، ونحو ذلك ؟ فمنهم من قال لا تجب الخدمة. وهذا القول ضعيف كضعف قول من قال : لا تجب العشرة والوطء، فإن هذا ليس معاشرة له بالمعروف، بل الصاحب فى السفر– الذى هو نظير الإنسان – وصاحبه فى المسكن إن لم يعاونه على مصلحة لم يكن قدعاشره بالمعروف، وقيل – وهو الصواب – : وجوب الخدمة ..، لأن ذلك هو المعروف، ثم من هؤلاء من قال : تجب الخدمة اليسيرة، ومنهم من قال : تجب الخدمة بالمعروف، وهذا هو الصواب، فعليها أن تخدمه الخدمة المعروفة من مثلها لمثله ، ويتنوع ذلك بتنوع الأحوال ، فخدمة البدوية ليست كخدمة القروية، وخدمة القوية ليست كخدمة الضعيفة» [1] .

على أننا نلاحظ هذا الضابط للخدمة الواجبة، وهو : «أن لا تكلف الزوجة فى ذلك إلا ما تهيأت له من قبل بحسب بيئتها وظروفها الخاصة، وأيضًا بحسب وضع زوجها الاقتصادى والثقافي، حسبما يقتضيه العرف الاجتماعى السليم ويتطلبه من ذلك » [2] .

---

(١)- مجموع الفتاوي (٣٤/ ٩٠، ٩١).

(٢)- في أحكام الأسرة - دراسة مقارنة لأستاذنا الدكتور : محمد بلتاجي (٣٩١). ط : مكتبة الشباب ، الطبعة الثانية .

وبناء عليه فإنه لا يكون من الطبيعى السليم في الشريعة الإسلامية أن تمتنع الزوجة امتناعًا كاملاً عن مباشرة أى شيء من أمور بيتها ، وزوجها، وأولادها بحجة أن الشريعة لم توجب عليها شيئًا فى ذلك؛ «لأنه وإن كان عقد الزواج للسكني، والمعاشرة، والألفة – وليس عقد استخدام وعمالة – إلا أن مقتضى حسن المعاشرة، والتعاون ، والسكنى (التى شرع النكاح من أجلها)أن تقوم المرأة بما تقدر عليه من أمور كانت تقوم بها قبل الزواج ، ولا يعتبر قيامها بها منقصا من قيمتها عرفًا ، أو مرهقًا لصحتها»[1] .

ومعنى هذا أنه يعد إخلال المرأة بالخدمة المعروفة من مثلها لمثل هذا الزوج – مع قدرتها على ذلك وعدم وجود العذر– ضرراً معتبراً ؛ لأنه إخلال بمصلحة تجب للزوج ومن حقه، أو بتعبير آخر : لأنه إخلال بمصلحة مستحقة للمضرور، ومن ثم فإنه يكون للزوج مخاصمتها إلى القضاء لإجبارها على تلك الخدمة رفعًا للضرر عنه، أو لإنفاذ هذا الذى يراه ابن تيمية .

فابن تيمية يرى أن المرأة إذا كانت لا تقوم بما يجب للرجل عليها من الخدمة بالمعروف، فليس عليه أن يطلقها ، ويعطيها الصداق، بل هى تفتدى نفسها منه، فتبذل صداقها ليفارقها [2] . هذا إذا لم ترتض الإجبار على الخدمة.

وهكذا يثبت لنا من جملة ما عرض له أنه لكى يعد الإخلال بالمصلحة ضرراً معتبراً – فى النظر الشرعى – فلابد من حصول هذا

---

(١)- فى أحكام الأسرة (ص٣٩١).

(٢)- انظر : مجموع الفتاوى (٣٢/ ٢٨٠).

الضابط : أن تون المصلحة - محل هذا الإخلال - مما يجب للمضرور ومن حقه، يعنى أن تكون مستحقة للمضرور بأى وجه من وجوه الاستحقاق .

سقوط استحقاق المضرور للمصلحة - محل الضرر - بالتقادم

لكن ينبغى التنبيه - هنا - على أن حيازة الفعل الضار بالتقادم يسقط بها استحقاق المضرور للمصلحة - عند بعض الفقهاء - ، ومن ثم فإنه لا يعد الإخلال بمثل هذه المصلحة ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم .

وهذا يفيد أن الضرر القديم (الذى حيز بالتقادم) ليس ينظر إليه - فى بعض المذاهب - على أنه ضرر معتبر ؛ ذلك أن المصلحة التى أُخِلَّ بها لم تعد مستحقة للمضرور بعد سكوته على هذا الإخلال طيلة تلك المدة من غير أن يكون هناك مُسوِّغٌ للسكوت .

وهذا هو ما يشار إليه فى كتب الفقه بمسألة حيازة الضرر بالتقادم ، ونعرض فيما يلى لوجهات مذاهب الأئمة بهذا الخصوص .

١-وجهة الفقه الحنفى

الأصل فى هذه المسألة - عند الحنفية - تلك القاعدة : « القديم يترك على قدمه[١] » ؛ لأن بقاء ذلك الشيء مدة طويلة دليل على أنه مستند على حق مشروع ، فيحكم باحقيته . وحد هذا القديم : أن لا يوجد من يعرف أوله [٢] .

---

(١)- انظر : المادة ٦ من المجلة .

(٢)- انظر : المادة ٦٦ من المجلة .

قال في جامع الفصولين : « وحد القديم : أن لا يحفظ أقرانه إحداثه وراء هذا الوقت كيف كان ويجعل أقصى الوقت الذى يحفظه الناس حد القديم ، ويبنى عليه الأمر » (١) .

فلو كان لأحد جناح في داره ممدود على حائط الغير، أو كان لداره مسيل ماء أو أقذار فى أرض الغير، أو كان له ممر إلى داره – مثلاً– فى أرض الغير ، وكان ذلك الجناح، أو المسيل، أو الممر قديمًا لا يعرف أحد من الحاضرين مبدأ حدوثه، فأراد صاحب الحائط والأرض أن يمنع صاحب الدار من مد الجناح على حائطه، أو التسييل ، أو المرور فى أرضه ؛ لتضرره بذلك ، فليس يحق له المنع ؛ لأن النظر الشرعى لا يعد مثل هذه الأفعال – على ما فيها من إخلال بمصلحة صاحب الأرض والحائط – ضررًا معتبرًا ؛ لأنها استحقت عليه بالتقادم، فكونها من الزمن القديم على هذه الحال المشاهدة يغلب معه الظن بأنها ما وضعت إلا بوجه شرعى ، ومن ثم فإنها تجب للفاعل وتكون من حقه، ولا يجوز منعه منها ، ويخالف فى هذا الضرر البين فإنه لايكون قديمًا ، بمعنى أنه – أى الضرر البين – يزال ولو كان قديمًا – فهنا لا اعتبار للقدم. يقول ابن عابدين: « الضرر البين يزال ولو قديمًا كما أفتى به العلامة المهمنداري، ومثله فى حاشية البحر للخير الرملى من كتاب القضاء ، كما فى كتاب الحيطان من الفتاوى الحامدية »(٢) .

وقال الخير الرملى فى حاشيته على البحر : قال الغزى : وقد أفتى شيخ الإسلام قارئ الهداية لمسائل : هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله ؟ فأجاب بأنه يمنع من ذلك ، وفى المضمرات قال :

---

(١)- جامع الفصولين (٢/ ١٩٤).

(٢)- حاشية رد المحتار (٥/ ٢٣٧).

إذا كانت الكوة للنظر ، وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع ، وعليه الفتوي[1] ، وأقول – يعنى ابن عابدين – : «لا فرق بين القديم والحادث– يعنى فى الإزالة – حيث كانت العلة : الضرر البين ؛ لوجودها فيهما . تأمل»[2] .

ولأجل هذا فإن قاعدة : « القديم يترك على قدمه » ليست على إطلاقها، بل تقيدها قاعدة: «الضرر لا يكون قديمًا »[3] ، فالضرر القديم يعتبره الفقه الحنفى – ما كان ضررًا بينًا – فيمنع منه، ويقضى بأنه يزال من غير مراعاة لقدمه.

وبيان ذلك أن الضرر قسمان : (١) – عام ، (٢) – خاص .

١– أما العام فإنه يزال – أى يعتبر فيمنع منه – بلا تفصيل فيه بين البين (أى : الفاحش) وغير البين ؛ لأن كونه عامًا يكفى لاعتباره فاحشا: كما لو كان لدار مسيل ماء، أو أقذار– فى الطريق العام – يضر بالمارين، أو غرفة وطيئة تمنع الناس من المرور من تحتها لتسفلها . فإن كل ذلك يزال مهما كان قديمًا [4] .

(٢)– وأما الخاص فهو نوعان : بيِّن (أى : فاحش) ، وغير بيِّن .

أ– فالبين يعتبر فيمنع منه من غير مراعاة لقدمه، وذلك كما لو كان لرجل مسيل ماء، أو أقذار يجرى فى دار آخر من القديم ، وكان يوهن بناء الدار ، فإن لصاحب الدار أن يكلف ذلك الرجل بإزالة هذا الضرر بصورة

---

(١)– السابق.

(٢)– حاشية منحة الخالق علي البحر الرائق (٧/ ٣٣).

(٣)– مادة ٧ من المجلة.

(٤)– راجع المادة ١٢١٤ ، ١٢٢٤ من المجلة ، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا(ص ٥٥).

تحفظ البناء من التوهين .

فهذا التسييل لما كان ضرره بينًا إذ هو يوهن البناء فقد نظر إليه الحنفية على أنه ضرر معتبر - من غير مراعاة لقدمه - فمنعوا منه، وحكموا بإزالته .

ومثل هذا ما ذكر فى الفتاوى الخانية - فى فصل الأنهار - ، وذلك حيث يقول المصنف : « بالوعة قديمة لرجل على شفة نهر يدخل فى سكة غير نافذة ، قال أبو بكر البلخي - رحمه الله تعالى - : لا عبرة للقديم والحديث فى هذا ، ويؤمر برفعه، فإن لم يرفعه يرفع الأمر إلى صاحب الحسبة ليأمر بالرفع » (١) .

وكذا لو كان داران قديمتان ، ولإحداهما مطل أو شباك من القديم على مقر النساء فى الدار الأخري، فإن صاحب المطل، أو الشباك يجبر على إزالة هذا الضرر، بمنع النظر بوجه من الوجوه (٢) .

ب- وأما الضرر الخاص غير البين(أى : غير الفاحش) فمثاله : ما لو كان لدار رجل حق فى إلقاء القمامات، والثلوج، أوحق التسييل فى أرص الغير ، أوفى طريق خاص، فإن كل ذلك فيه نوع ضرر ، ولكنه دون الضرر السابق الفاحش . فإذا كان هذا الضرر من القديم يعتبر قدمه، ويراعى ، ولا يجوز تغييره أو تبديله بغير رضا صاحب الحق ؛ لأنه لا يعد ضررًا معتبرًا - من الوجهة الشرعية - كل ماكان كذلك ، إذ يمكن أن تكون تلك الأفعال مستحقة لفاعلها بوجه من الوجوه الشرعية

---

(١)- الفتاوي الخانية بهامش الفتاوي الهندية (٣/ ٢١١).

(٢)- انظر في ذلك ما سبق ذكره في بيان وجهة الفقه الحنفي بخصوص العمل بحديث «لا ضرر ولا ضرار».

وقد خلص الشيخ أحمد الزرقا - رحمه الله تعالى - إلى ضابط محكم - بحق - لذلك، وهو : أن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية ، فهو ليس بضرر فاحش ، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديمًا ، بمعنى : أنه لاينظر إليه على أنه ضرر، ومن ثم فلا يمنع منه، ولا يحكم بإزالته .

وأما مالايمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي فهو ضرر فاحش، ويرفع مهما كان قديمًا ، بمعنى أنه يعد ذلك في نظر الشرع ضرراً معتبراً ، فيمنع منه ويحكم بإزالته من غير مراعاة لقدمه.

وهكذا نكون قد خلصنا إلى تلك النتيجة التي مؤداها : أن الفقه الحنفي لا ينظر إلى الضرر الذي وصفه أنه خاص ، وغير فاحش - إذا ماكان قديمًا - على أنه ضرر معتبر يمنع منه في الحكم ويقضي بإزالته ، بل يطبق عليه قاعدة « القديم يترك على قدمه » .

وهذا بخلاف الضرر الذي وصفه أنه عام ، أو خاص لكنه فاحش ، فإنه ينظر إليه على أنه ضرر معتبر يحكم بإزالته من غير مراعاة لقدمه ، فلا أثر للقدم - هنا - .

وبهذا يكون قد ظهر لنا أثر التقادم في الفقه الحنفي لاعتبار الفعل ضرراً، ونعرض فيما يلي لأثر ذلك في اعتبار الفعل ضرراً في الفقه المالكي .

٢- الفقه المالكي

يمكن القول ابتداء بأن في المذهب وجهتين بخصوص سقوط الضرر- أي عدم اعتباره - بالتقادم- ، ويعبر عن ذلك بهذا العنوان : حيازة الضرر بالتقادم ، أو سقوط القيام بالضرر . أي : سقوط حق المضرور في القيام على محدث الضرر طلبًا للمنع (١) .

(١)- انظر : البهجة شرح التحفة (٢/ ٣٤٢، وما بعدها).

أما **الوجهة الأولى** فهى أن الضرر يحاز بالتقادم ، بمعنى أن الفعل الضار يحوزه – يملكه ، أو يستحقه – محدثه بمضى الزمان وسكوت المضرور من غير أن يكون له عذر فى السكوت ، ومن ثم فإن الفقه المالكى لا ينظر إلى مثل ذلك على أنه ضرر معتبر يمنع منه فى الحكم .

وهذا معناه : أنه يسقط استحقاق المضرور للمصلحة التى أخل بها – على أنها كانت مستحقة له فى البداية – بسكوته على ذلك الإخلال تلك المدة الطويلة ، وبناء عليه فإنه لا ينظر إلى إخلال كهذا على أنه ضرر معتبر؛ لأنه إخلال بمصلحة غير مستحقة للمضرور ، أو بتعبير أدق : لأنه إخلال بمصلحة سقط استحقاق المضرور لها .

قال فى معين الحكام تحت عنوان « لا يمنع – أى لا يعتبر – إلا الضرر المحدث » : مسألة فى كتاب تضمين الصناع من المدونة : أنه لا يمنع من الضرر إلا ما كان محدثًا (١) ، وكذلك قال ابن الماجشون : «إن ما كان من الأبواب والكوى قبل بناء الدار المطلع عليها لم يمنع من ذلك» (٢) .

ونقل الحطاب فى شرحه على خليل بخصوص تفصيل هذه الوجهة تسعة أقوال . قال : قال ابن فرحون فى تبصرته : « من أحدث عليه ضرب من اطلاع، أو خروج ماء مرحاض قرب جدار داره، أو غير ذلك من

(١)– انظر : المدونة مع مقدمات ابن رشد (٣/ ٣٨٢). ونص المسألة : «أرأيت الرجل يريد أن يفتح فى جداره كوة، أو بابًا يشرف منهما على جاره فيضر ذلك بجاره ...؟ قال : بلغنى عن مالك أنه قال : ليس له أن يحدث على جاره ما يضره وإن كان الذى يحدث فى ملكه ، قلت أرأيت إن كانت له على جاره كوة قديمة ، أو باب قديم ليس فيه منفعة، وفيه مضرة على جاره ، أيجبره أن يغلق ذلك عن جاره؟ قال : لا يجبره على ذلك ؛ لأنه أمر لم يحدثه عليه ».

(٢)– معين الحكام على القضايا والأحكام لقاضى الجماعة بتونس أبى إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع المتوفى (٧٣٣هـ) – تحقيق الدكتور / محمد بن قاسم بن عياد . ط : دار الغرب الإسلامى (جـ٢/ ٧٨٥).

الإحداثات المضرة، وعلم بذلك ولم ينكره، ولا اعترض فيه عشرة أعوام، ونحوها من غير عذر يمنعه من القيام فيه، فلا قيام له بعد هذه المدة، وهوكالاستحقاق، وهو مذهب ابن القاسم، وقاله ابن الهندي، وابن العطار» [1].

وقال أصبغ: «لا ينقطع القيام في إحداث الضرر إلا بعد عشرين سنة، أو نحوها» [2]. جعلها خلاف الحيازة في الأموال، وبالأول القضاء إلا أن يكون المحدث عليه صغيراً، أو مولى عليه، أو بكراً غير معنسة، فلا يضرهم سكوتهم - وإن طال - وهم على حالتهم هذه، حتى يبلغ الصغير وتعنس البكر، ويطلق المولى عليه من الولاية، ثم يسكتون بعد ذلك المدة المذكورة على الخلاف المذكور عالمين بما لهم في ذلك من القيام [3].

وقال ابن رشد في «البيان» في آخر نوازل أصبغ من جامع البيوع: «وقد اختلف في حيازة الضرر المحدث، فقيل إنه لا يحاز أصلاً، وإلى هذا ذهب ابن حبيب.

وقيل: إنه يحاز بما تحاز الأملاك العشرة الأعوام ونحوها، وهو قول أصبغ ..، وقد روى عنه أنه لا يحاز إلا بالعشرين سنة ونحوها.

وكان ابن زرب يستحسن في هذا خمسة عشر عاماً، وروى ذلك عن ابن الماجشون.

وقال سحنون في كتاب ابنه: إنّه يحاز بالأربع سنين والخمس؛ لأن الجار قد يتغافل عن جاره فيما هو أقل من ذلك السنة، والسنتين[4].

---

(١)- تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٥٤).

(٢)- المصدر السابق، وشرح الحطاب (٥/ ١٦١). (٣)- انظر: تبصرة الحكام (٢/ ٢٥٤).

(٤)- قال ابن سهل: ولسحنون في مصب ماء على دار رجل «أنه يستحقه بالأربعة أعوام». انظر: المصدر السابق.

وقد قيل : إن كان ضرره على حد واحد فهو الذى يحاز بالسكوت عليه، وما كان يتزايد أبداً كالمطمورة إلى جانب الحائط وشبه ذلك، فلا حيازة فيه» (١) .

نقله ابن عرفة وجعل كلامه متضمنا لستة أقوال ، ثم قال بعده : «قلت هذا – يعنى القول الأخير – الذى يفصل فيه بين ما يتزايد، ومالا يتزايد عزاه ابن سهل لنقل ابن زمنين عن فتوى يحيي بن إبراهيم بن مزين، ومثل لما لا يزيد بفتح الأبواب والكوى ، ومايزيد كالكنف» (٢) .

وسابعها– أى الأقوال – مطلق مازاد على عشرة .

وثامنها : مطلق مازاد على عشرين «لمفهوم نقل ابن سهل عن ابن لبابة قوله : العشرين قليل ، ونقله عنه، سمعت بعض شيوخنا المفتين يقول : لا يستحق الضرر بالعشرين سنة إلا بما زاد» (٣) .

---

(١)– البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل فى مسائل المستخرجة (٨/ ٦٢) . ط : دار الغرب .

(٢)– انظر : شرح الحطاب (٥/ ١٦١) .

وقال فى التبصرة : «قال ابن أبى زمنين رأيت فى مسائل يسأل عنها ابن مزين أنه قال : ما كان من الضرر يبقى على حالة واحدة لا تزيد : كفتح الأبواب ، والكوة يطلع منها ، وشبهه مما يحدث بمحضر من أحدث عليه، فإن محدثه يستحقه فى مثل ما يستحق فى الحيازة من طول الزمان ، وما كان ضرره يتزايد : كالكنيف، فلا يستحقه محدثه بطول حيازته، وإن أمسك المحدث عليه ذلك عن القيام فيه، ثم أراد القيام بعد ما مضى من الزمان ما يكون فيه الحيازة ، فإن ذلك لا يحاز بطول الزمان ، ويقطع عن المستضر به متى قام فيه ، وكذلك الدباغ ، لأنه مما لا يبقى على حالة واحدة : كالكنيف ، وإن لم يزد فى حفرته فى السعة والطول فقد يوهن ما يلى الحفرة بكثرة ما يستنقع فيها من الماء وغيره عاماً بعد عام فيحدث على جاره من الوهن فى جداره ما لم يكن حدث عليه قبل ذلك ، وكذلك كل ما يفتحه الرجل فيما يلى دار جاره : كمستنقع المياه ؛ لأن ذلك كلما طال أضر طوله بجدار من يجاوره؛ لما يدخل من الرطوبات والبلل فى بناء داره، وكذلك الدباغ لا يبقى ضرره على حالة واحدة ؛ لأن الدباغ كلما زاد فى أوانى الدباغ ، وفى عمله كانت روائح ذلك أكثر وأضر . وهذا الذى علمناه ولم نزل نسمعه » . تبصرة الحكام (٢/ ٢٥٤، ٢٥٥).

(٣)– شرح الحطاب (٥/ ١٦١).

تاسعها : القول الآخر لأصبغ فى آخر كتاب الاستحقاق فيمن أحدث كوة أو بابًا على دار غيره ، أو أندر على جنانه ، أو ميازيب على حائطه، وهو ينظر ولا ينكر « لا يستحق هذا بعشرين سنة بعد أن يحلف أنه ما كان عن رضًا ولا تسليم إلا أن يطول بالدهور الكثيرة جداً فيستحقه » [1] .

والمالكية لا يفرقون فى هذا بين أن تكون حيازة الضرر على الأقارب، أو الأجانب . قال فى التبصرة : « وفى الطرر : وحيازة الضرر على الأقارب والأجانب سواء على القول بحيازته، ولا يفرق بين الأقارب والأجانب »[2]

كذلك فإنهم يرون فيما إذا لم تقطع البينة بأن الضرر محدث : أنه يحلف القائم بالضرر أنه محدث، فإن حلف قضى له بإزالة الضرر عنه.

قال فى معين الحكام: « إذا لم تقطع البينة بأن الضرر محدث إلا أنهم قالوا : رأينا ما يدل على الإحداث ، وفيه ضرر، وجب قطع الضرر فى ذلك مع يمين القائم فى ذلك أنه محدث إلا أن يكون لصاحبه بينة على القدم »[3] .

فإذا أشكل الضرر هل هو قديم ، أو محدث؟ ففى أحكام ابن زياد : « أنه محمول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم »[4] ، وفى كتاب ابن سحنون : « أنه محمول على أنه قديم حتى يعلم أنه محدث » [5] . قال صاحب العقد المنظم للحكام : « وبالأول القضاء » [6] .

---

(١)- شرح الحطاب (٥/ ١٦١) . (٢)- التبصرة (٢/ ٢٥٤).
(٣)- (٢/ ٧٨٥)، وتبصرة الحكام (٢/ ٢٥٤).
(٤)- العقد المنظم للحكام (٢/ ٨٧).
(٥) ، (٦) المصدر السابق .

تلك هى **الوجهة الأولى** للفقه المالكى بخصوص حيازة الضرر، والتى خلاصة القول فيها : أن الفعل الضار يحوزه فاعله بالتقادم حيازة يسقط معها حق المضرور فى القيام بالضرر على هذا الفاعل، لكن تتعدد الأقوال فى المذهب بخصوص المدة الزمنية اللازم مرورها على الفعل الضار حتى يكون ضرره هذا قديمًا ، وذلك على النحو الذى سبقت الإشارة إليه .

إذًا فليس يعد الضرر الموصوف بأنه قديم - بناء على هذه الوجهة - ضررًا معتبرًا يمنع منه فى الحكم ؛ ذلك أن المصلحة التى أخل بها لم تعد مستحقة للمضرور؛ إذ إن استحقاقه لتلك المصلحة سقط بسكوته - من غير عذر - على الإخلال بها هذه المدة الطويلة .

فإذا تجاوزنا هذه الوجهة فإنه تطالعنا تلك **الوجهة الأخرى** التى حاصلها : أن الضرر لا يحاز بالتقادم (١) .

قال ابن حبيب : « وجوه الضرر كثيرة ...، والحكم فيها أن يقال لأهلها احتالوا .. أن لا يضر ذلك بمن جاوركم، وإلا فاقطعوه، وسواء كان ذلك قديما، أو محدثا »؛ وتعليل ذلك : « لأن الضرر فى شيء لا يستحق بالقدم، وإنما حيازة التقادم التى جاء بها الأثر :« من حاز على خصمه شيئًا عشرين سنة، فهو أحق به منه » (٢) - فيما يحوزه الناس من أموال بعضهم على بعض ؛ من أجل أن الحائز لذلك يستغنى بالحيازة عن أصل وثيقته التى صار بها إليه ذلك من شراء، أو هبة، ولا تكون الحيازة فى أفعال

(١)- السابق ، وانظر : البيان والتحصيل (٨/ ٦٢) ، وشرح الحطاب(٥/ ٦٢) ، والتبصرة (٢/ ٢٥٥).
وذلك حتى لو كانت مدة حيازة الضرر أربعين سنة .

(٢) ونص الأثر فى العقد المنظم للحكام : « من حاز على خصم شيئًا عشر سنين»لا عشرين سنة . انظر : (٢/ ٨٧) . وهو حديث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعًا إلى النبى - ﷺ - عن زيد بن أسلم .

الضررحيازة، بل لا يزيد تقادم الضرر [1] إلا ظلمًا ، وعدوانًا » [2] .

وبناء على هذه الوجهة فإنه لا يكون للتقادم أثر – هنا – ، فالفعل الضار مهما تقادم لا يحوزه فاعله بل يظل ضرراً واجب القطع، وللمضرور القيام به طلبًا لإزالته، ولا يسقط حق المضرور هذا أبداً، وذلك من غير التفات إلى أن الضرر قديم .

والحق أن هذه الوجهة – كما يرى البحث – منطلقها : موافقة مقاصد التشريع الرامية إلى تعطيل المضار وتقليلها ؛ ومن ثم فإنها تكون الأولى بالقبول .

وهكذا نكون قد وقفنا على جملة موقف الفقه المالكى بهذا الخصوص، ونتحول الآن إلى حيث الفقه الحنبلى [3] ؛ لنطالع موقفه.

٣- الفقه الحنبلي :

حتى يعد الفعل ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم – فى الفقه الحنبلى – لابد له من أن يكون حادثًا ، لا سابقًا متقدمًا في الوجود على ملك الغير (أى : ليس قديمًا) ؛ إذ إنه لو كان كذلك لم ينظر إليه على أنه ضرر معتبر ، ولم يلزم صاحبه إزالته .

---

(١)- والنص الذي في العقد المنظم – ولعله الأقرب إلى الصواب – هو : «ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة تقوي بها حجته، بل يزيده طول التقادم ظلمًا ، وعدوانًا » .
انظر : العقد المنظم (٢/ ٨٧).

(٢)- التبصرة (٢/ ٢٥٥).

(٣)- لم يستطع البحث الوقوف على شيء في الفقه الشافعي بهذا الخصوص ،

قال فى كشاف القناع : « وإن كان هذا الذى حصل منه الضرر للجار من حمام ، ورحا ، ونحوهما سابقًا – فى الوجود – على ملك الجار : مثل من له فى ملكه مدبغة ونحوها من رحا ، وتنور ، فأحيا إنسان إلى جانبه مواتًا ، أو بناه – أى : بنى جانبه – داراً . . . ، أو اشترى داراً بجانبه بحيث يتضرر صاحب الملك المحدث بذلك المذكور من المدبغة ، ونحوها ، لم يلزمه – أى صاحب المدبغة ، ونحوها – إزالة الضرر ؛ لأنه لم يحدث بملكه ما يضر بجاره » [1] .

إذًا فليس يعد هذا الفعل الذى حصل منه الضرر للغير ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ما دام هو سابقًا (أى : متقدما فى الوجود) على ملك هذا الغير .

ومعنى هذا : أنه يسقط – هنا – حق المضرور فى القيام بالضرر طلبًا لإزالته .

على أننا نلاحظ أنه ليس يوجد فى المذهب مثل هذا القدر من التفصيل – الذى رأيناه فى الفقهين : الحنفي ، والمالكى – بخصوص تلك المسألة موضوع الكلام : مسألة تقادم الضرر .

وبهذا تكون قد اتضحت الوجهات الرئيسة للفقهاء فى ذلك .

والذى يراه البحث ويميل إلى الأخذ به هو : أن الضرر لا يحاز بالتقادم ؛ لأن الضرر فى شيء لا يستحق بالقدم ، بل لا يزيد التقادم الضرر إلا ظلمًا ، وعدوانًا ، وأن ذلك هو الأكثر تمشيًا مع مقاصد التشريع الرامية إلى تعطيل المضار وتقليلها .

---

(١)– كشاف القناع (٣/ ٤٠٨ ، ٤٠٩).

كذلك فإن التقادم لا يعتبر في الشريعة الإسلامية سببًا صحيحًا من أسباب كسب الحقوق وإسقاطها ديانة ؛ إذ« لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي » ؛ ولأن الحق أبدى لا يزول إلا بمسوغ شرعى مقبول والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمان وتقادم العهد .

لكن ينبغى التنبيه – هنا – على أن التقادم قد يمنع القاضى من سماع الدعوى بالضرر القديم الذى أهمل المضرور الادعاء به زمنا طويلاً – معينًا – بلا عذر ؛ وذلك فيما لو شك فى أصل استحقاقه للمصلحة محل الإخلال (التى وقع عليها الضرر) ، وفى إثبات هذا الاستحقاق بعد تلك المدة الطويلة، وهذا حمايةً لمبدأ الاستقرار فى الأوضاع الحقوقية ، وتجنبًا لإثارة المشكلات فى الإثبات ونحوه ؛ لأن القضاء فى الإسلام مظهر للحق ، لا مثبت له .

خلاصة هذا المبحث

والذى نخلص إليه بعد هذا العرض المستفيض بخصوص الضابط الخامس لاعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً هو : أن مذاهب الفقهاء ليس يعد فيها كل إخلال بالمصلحة ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ؛ إذ إن الذى يعتبر ضرراً هو ما يكون إخلالاً بمصلحة مستحقة للمضرور بأى وجه من وجوه الاستحقاق . أى ما يكون إخلالاً بمصلحة واجبة للمضرور ومن حقه .

ومعنى هذا : أنه لو كانت المصلحة – محل هذا الإخلال – غير مستحقة للمضرور لم يعد الإخلال بها ضرراً معتبراً فى حقه .

وهذا النظر محل اتفاق بين الفقهاء على أنهم يختلفون فى بعض الفروع عند التطبيق من جهة هل تكون مثل هذه المصلحة مستحقة

للمضرور؟ فيحكم على التصرف المخل بها بأنه من الضرر المعتبر الواجب الإزالة، أو أنها لا تكون مستحقة له ؟ فيحكم على الإخلال الواقع عليها بأنه ليس ضرراً معتبراً ، ومن ثم فلا تسمع دعواه الضرر لدى القضاء.

وذلك كمسألة وطء الرجل امرأته فقد رأينا أن شيخ الإسلام ابن تيمية ومن وافقه ينظرون إليه على أنه حق للمرأة، وبناء عليه فإنه يعد إخلال الرجل بذلك - من غير أن يكون له عذر- ضرراً معتبراً بالنسبة للمرأة ؛ لأنه إخلال بمصلحة واجبة لها ومن حقها ، وبذلك يجوز لها مخاصمة الزوج فى هذا فإما أن يرجع إلى الوطء، أو يفرق بينهما.

لكن للفقهاء وجهات مختلفة بهذا الخصوص، وذلك على النحو الذى سبقت الإشارة إليه، فالوطء فى المذهب الشافعى ليس من حق المرأة ، وهو كذلك فى المذهب الحنفى بعد المرة الأولى ؛ ولذا فإن ترك الرجل له وإخلاله به لا يسوغ للمرأة قضاء أن تطلب إجباره عليه إزالة للضرر عنها ؛ ذلك أن هذا الترك من قبل الزوج ليس إخلالاً بمصلحة واجبة للمرأة ومن حقها - من وجهة هذين الفقهين - فلا يعد من الضرر المعتبر الواجب الإزالة.

إذاً فالفقهاء يعتمدون هذا الضابط الخامس من ضوابط اعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً ممنوعاً منه فى الحكم ، ضابط : أن تكون المصلحة - محل هذا الإخلال - مستحقة للمضرور (أى : تجب له ، ومن حقه) ، وذلك بأى وجه من وجوه الاستحقاق.

وهذا الاعتماد من قبل الفقهاء إنما هو على وجه الإجمال ؛ إذ إنهم يختلفون فى بعض الفروع - كما رأينا- فى ثبوت استحقاق هذه المصلحة، أو عدمه ، ويختلف بهذا الحكم على الإخلال بتلك المصلحة - المختلف

على استحقاق المضرور لها – ، فالذين يرون ثبوت استحقاق المضرور لها يعدون ذلك الإخلال ضرراً معتبراً واجب الإزالة، والذين يرون أن مثل هذه المصلحة لا تستحق لذلك المضرور ينظرون إلى الإخلال الواقع عليها على أنه ليس ضرراً معتبراً فى حق هذا المضرور، وبناء عليه فإن القضاء لا يسمع دعوى الضرر منه.

لكن يبقى بعد هذا أنه ينبغى التنبه إلى أن استحقاق المضرور للمصلحة – محل الضرر يسقط – عند بعض الفقهاء – بالتقادم.

وهذا معناه : أن حيازة الفعل الضار بالتقادم يسقط بها استحقاق المضرور للمصلحة، ومن ثم فإنه لا يعد الإخلال بمثل هذه المصلحة ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم ، وهذا عند غالب فقهاء المالكية ، أما الحنفية والحنابلة فلهم فى ذلك تفصيل سبقت الإشارة إليه .

وهكذا فإنه يكون الضرر القديم (الذى حيز بالتقادم) ليس محلا للاعتبار فى الفقه المالكى على وجه الخصوص ؛ ذلك أن المصلحة التى أخل بها لم تعد مستحقة للمضرور بعد سكوته على هذا الإخلال تلك المدة الطويلة من غير أن يوجد العذر الذى يسوغ السكوت.

على أن البحث يميل إلى الأخذ بالرأى القائل بأن الضرر لا يحاز بالتقادم؛ لأن التقادم لا يزيد الضرر إلا ظلما ، وعدوانًا.

وبمجموع هذا الذى ذكر يكون قد اتضح أمر معالم هذا الضابط الخامس من ضوابط اعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً ، ويكون البحث بذلك قد فرغ من عرض ما انتهى إليه من الضوابط التى بدونها لا يعد الإخلال بالمصلحة ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم والتى أمكن الوقوف عليها ، واستنباطها من خلال النظر فى الفروع الفقهية المختلفة .

* خاتمة هذا الفصل

وهكذا يتبين لنا من جملة ما قدم فى هذا الفصل أن الفقه الإسلامى لا ينظر إلى كل تصرف من شأنه أن يخل بمصلحة مشروعة (أى : إلى كل ضرر) على أنه ضرر معتبر يجب منعه، بل إن هناك ضوابط يرى الفقه الإسلامى أنه لابد من تحققها فى التصرف المخل بالمصلحة حتى يعتبر ضرراً ممنوعاً منه فى النظر الشرعي، بحيث إذا لم تتحقق هذه الضوابط فإنه يسلم مثل هذا التصرف من أن يكون ضرراً من الوجهة الشرعية .

ويمكن إجمال تلك الضوابط فيما يلى :

الضابط الأول : أن يكون أداء التصرف إلى الإخلال بالمصلحة محققاً – فى الحال، أو فى المستقبل – لا موهوماً أو نادراً .

وهذا النظر محل اتفاق بين الفقهاء.

فإن كان أداء التصرف إلى الإخلال بالمصلحة مظنوناً (أى : غالباً) ، أو كثيراً لاغالباً، ولا نادراً – اعتبر مثل هذا التصرف ضرراً ممنوعاً منه – فى الحكم – فى الفقهين : المالكى ، والحنبلى .

ويخالف فى ذلك الحنفية والشافعية ؛ إذ إن ما كان على هذا النحو من التصرفات ليس يسلم – عندهما – بأنه ضرر معتبر فى كل الأحوال.

والحق أن وجهة الحنابلة والمالكية هذه فى التوسع فى اعتبار الضرر ، ومن ثم التوسع فى المنع منه – هى الأولى بالقبول لما سبق أن أشير إليه ؛ ولأنها الأكثر تمشياً مع مراعاة الشريعة للضرر : منعاً منه، وقطعاً له .

الضابط الثانى : أن يكون ذلك الإخلال بيناً، والمقصود بالبين : ما كان فاحشاً لا يسيراً، ظاهراً لا مشكلاً.

ومعنى هذا : أن الشريعة تنظر إلى مقدار إخلال التصرف بالمصلحة (أى : إلى مقدار الضرر) ، فإذا كان كبيراً فاحشًا اعتبرته ضرراً واجب الإزالة، وإذا كان يسيراً (أى : قليلاً، يشق الاحتراز عنه ومثله يحتمل عادة) لم تعتبره ، ومن ثم فإنه لا يمنع منه .

لكن يلزم التنويه – هنا – إلى أن مجال هذا الضابط هو الضرر المادى : سواء ما تعلق منه بالأموال ، أو الأبدان بالمعنى الذى تقدم ذكره فى موضعه .

على أنه يوجد – أيضًا– ما يدل على أن الأضرار المعنوية من مجال هذا الضابط، وذلك كالإشراف على مقر النساء من صحن الدار، وبئرها،ومطبخها ، فالفقه الإسلامى يعتبر هذا بمثابة الضرر الفاحش الذى يمنع منه فى الحكم.

ومعنى هذا : أن ذلك الضابط الثانى من ضوابط اعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً لا يسرى على ما تقرر بالشريعة من كلية حفظ الدين، وكلية حفظ النفس من الجناية عليها بغير حق، وكلية حفظ العرض .

ذلك أن أى تصرف يخل بحفظ الدين يعتبر من الضرر الممنوع منه فى الحكم مهما كان هذا الإخلال يسيراً ، ويؤاخذ فاعله بقدره من العقوبة.

ومثل هذا أى تصرف يخل بحفظ النفس – على وجه التعدى – فإنه يكون ضرراً معتبراً يحكم بمنعه، وبضمان ما تولد عنه ، حتى ولو كان هذا الإخلال يسيراً .

وكذلك الأمر بشأن العرض : فأى تصرف يخل بحفظه إخلالا يسيراً يعد من الضرر المعتبر الذى يمنع منه فى الحكم، وينزل بمرتكبه ما يستحقه

من حد، أو تعزير .

وبالجملة فإن هذا الضابط الثانى – بما ذكر من مجالاته – يعتمده الفقهاء، على أنه يجرى الخلاف فيما بينهم بخصوص بيان حد الإخلال الكبير الذى يعتبر مثله ضرراً ممنوعًا منه فى الحكم، ويمكن القول بأن هناك اتجاهين يحكمان هذا التحديد :

أما **الاتجاه الأول** فهو اتجاه الشافعية – والحنفية قريبون منهم فى ذلك – ومنطلقه : تضييق دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه فى الحكم مراعاة لقاعدة حق الملك، وبناء عليه فإنهم يحدون الضرر الكبير – الذى يعتبر فى النظر الشرعى – بحدود ليس يسهل تحققها فى كل ضرر مما يتصور معه أن تضيق دائرة اعتبار الضرر.

على أنه قد لوحظ – فى عدد من الوقائع– النزول عن هذه الحدود، وذلك للحكم على إخلال التصرف بالمصلحة بأنه ضرر معتبر يمنع منه ؛ درءاً للمفاسد ، وقطعًا للمضار .

وأما **الاتجاه الثانى** فهو اتجاه الحنابلة – والمالكية قريبون منهم فى ذلك – ومنطلقه : توسيع دائرة اعتبار الضرر الممنوع منه فى الحكم مراعاة لحديث « لا ضرر ولا ضرار » ، وبناء عليه فإنهم يحدون الضرر الكبير بحدود – دون ماقال به أصحاب الاتجاه الأول – يسهل تحققها فى كثير من التصرفات المخلة بالمصلحة، وذلك على نحو يتصور معه اتساع دائرة اعتبار الضرر.

والبحث – هنا – قد رأى رجحان كفة الاتجاه الثانى ؛ لأنه هو الذى فيه الجمع بين مراعاة قاعدة حق الملك ، ومراعاة حديث « لا ضرر ولا ضرار »، وذلك على النحو الذى سبق أن أشير إليه ، كما أنه الأكثر تمشيا

مع ما قررته النصوص الشرعية من مبادئ وقواعد ، كقاعدة « درء المفاسد أولى من جلب المصالح ».

كذلك فإنه يمكن القول بأن الفقه الإسلامى – على وجه العموم – يعول فى كثير من الأحيان فى بيان حد الإخلال الكبير – الذى يعتبر مثله ضرراً واجب الإزالة – على العرف والعادة ، وذلك عامل من عوامل مرونة هذا الفقه وصلاحيته للحكم على الوقائع الحادثة، والنوازل المستجدة على مر الأعصار واختلاف الأمصار، فللقاضى والحاكم أن يحكما على التصرف المخل بالمصلحة بأنه من الضرر المعتبر لفحشه (أى : لكبره) فيمنعان منه، هكذا اجتهاداً منهما بالاستناد إلى معطيات العرف والعادة .

الضابط الثالث: أن يكون ذلك الإخلال بغير حق (أى : تعدياً ، أو تعسفًا، أو إهمالاً) ؛ إذ لو ثبت أنه بمقتضى حق لخرج به التصرف عن أن يكون ضرراً معتبراً من الوجهة الشرعية .

وحاصل هذا الضابط : أنه ليس يعتبر كل تصرف أخل بمصلحة (أي : كل ضرر) ضرراً – ممنوعًا منه – من الوجهة الشرعية، بل المعتبر هو خصوص من التصرفات المخلة بالمصلحة، وهى تلك التى يكون إخلالها بالمصلحة لاعلى وجه الحق ، بل على وجه التعدى ، أو التعسف ، أو الإهمال .

والفقهاء يعتمدون – أيضا– هذا الضابط الثالث من ضوابط اعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً ، على أنه يقع الاختلاف بينهم بخصوص بعض التفاصيل المتعلقة ببيان حدود كل من هذه المصطلحات الثلاثة : التعدى ، والتعسف ، والإهمال، وفى كيفية ثبوتها فى الواقع ، وذلك على النحو الذى تقدم ذكره.

ونشير – هنا – إلى أن تلك الضوابط من الأول إلى الثالث يمكن أن ينتظمها قسم واحد ؛ ذلك أن موضوعها هو الإخلال بالمصلحة : وقوعه، مقداره ، وصفه بأنه بغير حق.

وهذا بخلاف الضابطين : الرابع، والخامس ، فإنه ينتظمهما قسم آخر؛ ذلك أن موضوعهما هو المصلحة التى وقع عليها الإخلال ، لا الإخلال نفسه .

فالضابط الرابع هو : أن تكون المصلحة التى أخل بها – أى التى وقع عليها الإخلال – مشروعة فى الأصل ؛ إذ لو كانت غير مشروعة لم يعد الإخلال بها ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم.

وهذا معناه : أنه ليس يعد كل إخلال بالمصلحة ضرراً معتبراً موجبًا للضمان ، إذ إن الذى يعتبر ضرراً هو ما يكون إخلالاً بمصلحة مشروعة فى الأصل ، لا أنها محرمة ، أو ممنوع منها.

ويعبر عن تلك المصلحة – فى الفقه الإسلامى – بالمتقومة، أو المحترمة، أو المباحة.

فإن كان الإخلال بمصلحة محرمة، أو ممنوع منها لم يعد ذلك ضرراً معتبراً موجبًا للضمان.

ويعبر عن تلك المصلحة بأنها غير متقومة ، أو غير محترمة ، أو غير مباحة (أى : لا يباح الانتفاع بها).

وذلك أمر متفق عليه بين الفقهاء ، على أنهم يختلفون فى بعض الفروع عند التطبيق من جهة هل تكون مثل هذه المصلحة متقومة فى حق حائزها ؟ فيحكم على التصرف المخل بها بأنه من الضرر المعتبر الموجب

للضمان، أو أنها لا تكون متقومة ؟ فيحكم على الإخلال الواقع عليها بأنه ليس ضرراً معتبراً ، ومن ثم فلا يحكم بضمان ما تولد عنه.

والضابط الخامس هو : أن تكون تلك المصلحة – محل الإخلال – مستحقة للمضرور بأى وجه من وجوه الاستحقاق . يعنى : أنها تجب له ، ومن حقه.

ومعنى هذا : أنه لو كانت المصلحة – محل الإخلال – غير مستحقة للمضرور لم يعد الإخلال بها ضرراً معتبراً فى حقه.

وهذا النظر محل اتفاق بين الفقهاء ، فهم يعتمدون هذا الضابط من ضوابط اعتبار الإخلال بالمصلحة ضرراً ، لكن هذا الاعتماد على وجه الإجمال؛ إذ إنهم يختلفون فى بعض الفروع عند التطبيق من جهة هل تكون مثل هذه المصلحة مستحقة للمضرور ؟ فيحكم على التصرف المخل بها بأنه من الضرر المعتبر الواجب الإزالة، أو أنها لا تكون مستحقة له ؟ فيحكم على الإخلال الواقع عليها بأنه ليس ضرراً معتبراً بالنسبة لهذا المضرور، وبناء عليه لا تسمع دعواه الضررلدى القضاء.

على أنه ينبغى أن نشير إلى أن استحقاق المضرور للمصلحة – محل الضرر – يسقط – عند بعض الفقهاء – بالتقادم .

وهذا يفيد : أن حيازة الفعل الضار بالتقادم يسقط بها استحقاق المضرور للمصلحة، وبالتالى فإنه لا يكون الإخلال بمثل هذه المصلحة ضرراً معتبراً يمنع منه فى الحكم، وهذا – كما سبق – عند غالب فقهاء المالكية ، أما الحنفية، والحنابلة فلهم فى ذلك تفصيل سبقت الإشارة إليه .

والبحث فى هذا الموضع يأخذ بالرأى القائل بأن الضرر لايحاز بالتقادم ؛ لأن التقادم لا يزيد الضرر إلا ظلماً وعدواناً.

تلك هى أهم الضـوابط وأظهـرها – فى الفـقـه الإسـلامى – لاعـتـبـار الإخلال بالمصلحة ضرراً ، والتى أمكن البحث الوقوف عليها ، واستنباطها من خلال النظر فى الفروع الفقهية المختلفة .

وبهذا فإنه يكون فصل ضوابط اعتبار الشريعة للضرر قد تم بحمد الله، وينتقل البحث بنا بعد ذلك إلى حيث هذا الفصل الأخير الذى أفرد لبيان جزاء الضرر فى الفقه الإسلامي، فبعد أن اتضحت أهم الضوابط التى يلتزمها الفقه وعلماؤه فى تحديد ما يعتبر من الضرر ومالا يعتبر ، يكون المناسب أن يتبع ذلك ما ينبنى على عد التصرف ضرراً معتبراً من الكلام عن الجزاء الذى جاءت به الشريعة تعطيلاً للضـرر ، وتقليلا من المضـار، وشفاء للمضرورين ، وعقوبة ومؤاخذة لمحدثى الضرار .

وهذا الكلام عن جزاء الضرر هو موضـوع ذلك الفـصل الذى نعرض له على الصفحات التالية، والذى يختم به البحث تصوره لفقه الضرر

****

الفصل السادس

جزاء الضرر في الفقه الإسلامي

ويتضمن مقدمة وثلاثة مباحث :

المقدمة .

المبحث الأول : الجزاء العيني للضرر (إزالة عين الضرر) .

المبحث الثاني : الجزاء التعويضي للضرر (الضمان) .

المبحث الثالث : الجزاء العقابي للضرر (الحدود ، والتعزيرات) .

* **مقـدمـة :**

إذا ثبت أن إخلال التصرف بالمصلحة ضرر معتبر، وذلك وفق ما أشير إليه من الضوابط فى الفصل السابق، فإنه يكون جزاء هذا الضرر الذى يقابل به هو : وجوب أن يزال ؛ لأن قاعدة الشريعة المستقرة فى مواجهة الأضرار هى « الضرر يزال » [1] .

ومعنى هذه القاعدة : وجوب رفع الضرر ، وترميم آثاره بعد الوقوع، لأن الضرر ظلم وغدر ، والواجب عدم إيقاعه ، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع ، فيجب إزالته [2] .

وإزالة الضرر هذه تكون **إما عيناً** بمعنى أن يزال عين الضرر – فيما لو أمكن ذلك – ويعاد الحال إلى ما كان عليه قبل هذا الضرر، وهذا هو ما يعرف بالجزاء العينى للضرر.

وإما بالضمان حيث لا يمكن إزالة عين الضرر ، على أنه يقطع سبب الضرر الذى يؤدى إلى استمرار وقوعه فى المستقبل، وهذا هو ما يعرف بالجزاء التعويضى للضرر .

وإما – أخيراً – **بإيقاع عقوبة حدية أو تعزيرية** على محدث الضرر إذا كان هذا الضرر مما يجب فى مثله الحد أو التعزير؛ وذلك شفاء للمضرور، وإزالة لألم قلبه (أى : ضرره) من جراء ما نزل به من الضرر، وهذا هو ما يعرف بالجزاء العقابى للضرر.

على أنه تجدر الإشارة قبل المضى فى تفصيل القول بخصوص قاعدة

---

(١)- الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥)، ولابن السبكى (١/ ٤١)، وللسيوطى (٩٣).

(٢)- انظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٣٧)، والمدخل الفقهى العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا (٢/ ٩٨٢/ ف ٥٨٨).

« الضرر يزال » وحقيقة عملها في مواجهة الأضرار - إلى أنه يحكم عمل القاعدة ضابط محدد، فهى لا تعمل هكذا مطلقاً، بل تعمل فى إطار من هذا الضابط الذى نفرد للحديث عنه هذا المطلب.

مطلب فى بيان ضابط إعمال قاعدة «الضرر يزال»

تعمل قاعدة « الضرر يزال » فى إطار من هذا الضابط : أن لا تؤدى إزالة هذا الضرر إلى إحداث ضرر، وهذا هو ما يعبر عنه الفقهاء والأصوليون بقولهم : « الضرر لا يزال بالضرر ».

قال ابن السبكى فى أشباهه - ونقله عنه السيوطى - : « الضرر يزال ..، ويدخل فيها الضرر لا يزال بالضرر، وهو كعائد قولهم : الضرر يزال. أى : يزال، ولكن لا بضرر ، فشانهما شأن الأخص مع الأعم فى الحقيقة، بل هم سواء » [1] .

ووجه ذلك « لأنه لو أزيل - يعنى الضرر - بالضرر لما صدق الضرر يزال » [2] .

وقال ابن نجيم فى أشباهه : « الضرر لا يزال بالضرر ، وهى مقيدة لقولهم: الضرر يزال . أى : لا بضرر » [3] .

ومعنى هذا : أن الضرر تجب إزالته، فإذا كانت هذه الإزالة لا تتيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، فحينئذ لا يزال بل يجبر بقدر الإمكان ، فإن كان مما يقابل بعوض : كالعيب القديم إذا اطلع عليه المشترى ، وقد

---

(١)- الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١)، وللسيوطي (٩٥).
(٢)-الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤١).
(٣)-الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٧).

تعيب المبيع عنده، امتنع الرد، ورجع المشترى على بائعه بما قابل الثمن ، إلا إذا رضى بأخذه معيباً، فيأخذه ويرد جميع الثمن [١] .

وإن كان مما لا يقابل بعوض : كما إذا أراد صاحب العلو بناء السفل المهدم ؛ ليضع عليه علوه، وأبى صاحب السفل ، فإن الآبى لا يجبر على العمارة، ولكن ينفق صاحب العلو من ماله على البناء ويمنع صاحبه من الانتفاع إلى أن يدفع له ما أنفقه على البناء وإلا فحتى يدفع له قيمة البناء [٢] إن كان قد بناه بإذنه أو بإذن الحاكم .

أما إذا كان الضرر مما لا تتيسر إزالته إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، ولا يمكن جبره– فإنه يترك على حاله : كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعًا إلا طعام مضطر مثله ، أو بدن آدمى حى ، فإنه لا يباح له تناولهما ؛ إذ إن دفعه لضرر نفسه بهذا يجلب ضرراً لغيره مساوياً لضرره [٣] .

وبناء عليه فإنه يثبت أن الضرر لا يزال بمثله ، ولا بما هو فوقه بالأولي .

ومما يدل على اعتبار هذا : ترك النبى – ﷺ – لعبد الله بن أبى بن سلول وأمثاله من أئمة النفاق والفجور لما لهم من أعوان ، فإزالة ضررهم بنوع من عقابهم تستلزم ضرراً مثل ذلك أو فوقه من غضب قومهم وحميتهم ، ونفور الناس إذا سمعوا أن رسول الله – ﷺ – يقتل أصحابه؛ « ولهذا لما خطب الناس فى قضية الإفك بما خطبهم به ، واعتذر عنه، وقال له سعد بن معاذ قوله الذى أحسن فيه : حمى له سعد بن عبادة – مع

(١)- انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٠) ، وشرح القواعد الفقهية (١٤١).

(٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٧) ، وللسيوطي (٩٥)

(٣)- السابق .

حسن إيمانه وصدقه - وتعصب لكل منهم قبيله حتى كادت تكون فتنة » (١) .

ومن ذلك - أيضًا - أمره - ﷺ - المسلمين بالسمع والطاعة لمن انعقدت له البيعة من الأمراء ولو بمغالبة ، وإن ظهرت أثرتهم على المسلمين : بأن اختصوا أنفسهم بأمور الدنيا وأموال بيت المال ولم يوصلوا حقوق المسلمين - يعنى من هذه الأموال - إليهم؛ ذلك أن إزالة ضررهم بعزلهم والخروج عليهم تستلزم ضرراً كضررهم أو أشد . قال العلماء : « وسبب عدم انعزاله - يعنى من حاله كذلك من الأمراء - وتحريم الخروج عليه : ما يترتب على ذلك من الفتن ، وإراقة الدماء ، وفساد ذات البين ، فتكون المفسدة (المضرة) فى عزله أكثر منها فى بقائه » (٢) .

هذا إذا لم ير منه كفر بواح عند المسلمين فيه من الله برهان : كأن يرى المسلمون منه كفراً محققًا يعلمونه من قواعد الإسلام ، فهذا تسقط طاعته، ويجب على المسلمين القيام عليه، وخلعه ، ونصب إمام عادل ، لكن ذلك بشرط أن يمكنهم هذا من غير أن ينالهم ضرر مساو لضرر بقائه، فإن تحققوا العجز : بأن كان خروجهم عليه يؤدى إلى ضرر مثل ضرره أو أشد - لم يجب القيام (٣) .

ومن الفروع كذلك : أنه لو التقت دابتان على شاهق، ولم يمكن تخليص واحدة إلا بإتلاف الأخري، لم يفت واحد منهما (أى : من صاحبى الدابتين) ، بل من ألقى دابة صاحبه وخلص دابته ضمن ؛ لأن الضرر لا يزال بضرر مثله (٤) .

---

(١)- انظر : الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لابن تيمية (١٢/ ١٣). ط : المكتبة القيمة .

(٢)- راجع صحيح مسلم بشرح النووي (٤/ ٥٠٦، ٥٠٧) كتاب الإمارة ، باب : « وجوب طاعة الأمراء في غير معصية » .

(٣)- راجع : شرح النووي على مسلم (٤/ ٥٠٧).

(٤)- الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٥).

ويتخرج على هذا ما لو تعرض مالان للتلف ، ولم يمكن تخليص أحدهما إلا بإتلاف الآخر، وكان المالان متساويين ، فإنه يضمن من أتلف مال صاحبه بتخليص ماله .

ومن ذلك – أيضًا– : ما لو كانت الزوجة ضيقة الفرج، بحيث لا يمكن وطؤها إلا بإفضائها، فليس له الوطء[1] ؛ لأن تضرره بترك الوطء لا يزال بإحداث ضرر الإفضاء لها ؛ ذلك أن الضرر لا يزال بضرر مثله، ولكن تعالج الزوجة العلاج المناسب الذى يمكن معه وطؤها من غير ضرر الإفضاء.

وهكذا فإنه يثبت أن الفقه الإسلامى حينما يقرر أن « الضرر يزال » يحترز بهذا الاحتراز : أن لا تؤدى إزالة هذا الضرر إلى إحداث ضرر ؛ لأنه « لو أزيل – يعنى الضرر – بالضرر لما صدق الضرر يزال ».

لكنه يرد على هذا الضابط « الضرر لا يزال بالضرر » استثناءان، **الأول** : **مالو تعارض ضرران ، ولم يمكن إزالتهما إلا بتحمل واحد منهما ، فإنه يزال أعظم الضررين بتحمل الأخف ، وهذا هو ما يعبر عنه الفقهاء والأصوليون بقولهم « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ».**

قال ابن السبكى يستثنى من « الضرر لا يزال بالضرر » : مالو كان أحدهما (أى : أحد الضررين) أعظم ضرراً ، فإنه يزال الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف [2] .

وعبارة الكتانى فى ذلك : « لابد من النظر لأخفهما وأعظمهما »[3]

---

(١)- الأشباه والنظائر للسيوطي (ص٩٥) .

(٢) – الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٦) ، والأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٥)، والأشباه لابن نجيم (٨٨).

(٣) – الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٦).

والاستثناء الثاني : مالو تعارض ضرران ، وكان أحدهما خاصًا ، والآخر عامًا ، فإنه يزال الضرر العام بارتكاب الضرر الخاص ؛ لأن الضرر العام – في معارضة الضرر الخاص – في معنى أعظم الضررين لتعلقه بعموم الأفراد ، فيتحمل لأجل إزالته الضرر الأيسر، وهو – هنا – الضرر الخاص ، وهذا هو ما يعبر عنه الفقهاء والأصوليون بقولهم « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام » .

قال ابن نجيم : « يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام ، وهذا مقيد لقولهم : الضرر لا يزال بمثله – أى : لا يزال بالضرر– » (١) .

والحاصل : أنه إذا اجتمعت المضار ، فإن أمكن إزالتها جميعا أزيلت ، وإن تعذر ذلك ، أزيلت المضرة الأشد فالأشد .

قال العز بن عبد السلام : « إذا اجتمعت المفاسد المحضة ، فإن أمكن درؤها درأنا ، وإن تعذر درء الجميع ، درأنا الأفسد فالأفسد، والأرذل فالأرذل » (٢) .

ومفهوم هذا : أن أحد الضررين إذا كان لا يماثل الآخر، فإن الأعلى يزال بالأدنى ، وعدم المماثلة بين الضررين تكون : إما لعظم أحدهما على الآخر وشدته فى نفسه ، وهذا هو موضوع الاستثناء الأول : « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » .

وإما لعموم أحد الضررين وخصوص الآخر، وهذا هو موضوع الاستثناء الثانى : « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام » .

---

(١) – الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٧).

(٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام (١/ ٩٣).

وتفصيل القول فى ذلك وفق ما يلى :

أولا : تفصيل القول بخصوص هذا الاستثناء : «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»

يرجع هذا الاستثناء – كما قرر ابن السبكى بحق – إلى ما تقرر من قاعدة «دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما»(١) . فحيثما تعارض مفسدتان ، فإن الشرع يراعى أعظمهما ضرراً فيزيلها بارتكاب المفسدة الأخرى الأدنى ضررا .

ومما يدل على اعتبار هذا الاستثناء : أن الشرع قسم مراتب المصالح الضرورية إلى خمس ، وهي: الدين ، والنفس، والعقل، والنسل ، والمال .

فكلما تعارض ضرران أحدهما يتعلق بالدين والآخر يتعلق بالنفس، فإنَّ ضرر الدين يقدم على ضرر النفس ؛ ولهذا شرع جهاد الكفار والمبتدعين على ما فيه من تعريض النفوس للقتل لتكون كلمة الله هى العليا وكلمة الذين كفروا السفلى ، وهكذا فى بقية المراتب .

فمن اضطر إلى أكل مال الغير أكله ؛ لأن حرمة المال أخف من حرمة النفس ، وضرر فوات النفس أعظم من ضرر إتلاف مال الغير ببدل ، فيرفع الضرر الأعظم باحتمال الضرر الأخف .

والترتيب الملاحظ بين هذه المقاصد يلاحظ – أيضًا– فى جزئيات كل مقصد منها ، وذلك حسبما تؤدى إليه كل جزئية من مفسدة .

فمن اضطر إلى أكل النجاسات وجب عليه أكلها؛ لأن مضرة فوات النفس والأعضاء أعظم من مضرة أكل النجاسات .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٥).

ويتخرج على هذا : جواز التداوى بالنجاسات إذا لم يجد طاهراً يقوم مقامها؛ لأن مضرة ترك التداوى أعظم من مضرة التداوى بالنجاسة، لكن لا يجوز – على الأصح – التداوى بالخمر إلا إذا علم أن الشفاء يحصل بها، هذا هو القيد الأول ، والقيد الثانى : أن لا يوجد دواء غيرها (١) .

ومثل هذا قطع السلعة التى يخشى على النفس من بقائها.

ومن التطبيقات على هذا الاستثناء : شرع القصاص ، والحدود، وقتال البغاة، وقاطع الطريق، ودفع الصائل ، والشفعة، والفسخ بعيب المبيع، وفسخ النكاح بالعيب، والفسخ للإعسار، والإجبار على قضاء الديون ، والنفقة الواجبة، ومسألة الظفر، وأخذ المضطر طعام غيره الذى ليس بمضطر ، وقتاله عليه، وقطع شجرة الغير إذا حصلت فى هواء داره ، وشق بطن الميت إذا بلع مالا، أو كان فى بطنها ولد ترجى حياته ، ورمى الكفار إذا تترسوا بالنساء والصبيان ، أو بأسرى المسلمين(٢) . فالشريعة تقضى فى جميع هذه الفروع بأن الضرر الأشد يزال بارتكاب الضرر الأخف .

و من التطبيقات – أيضًا – : ما لو أحاط الكفار بالمسلمين ، ولا مقاومة بهم ، فإنه يجوز دفع المال إليهم ، وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره ؛ لأن مفسدة بقائهم فى أيديهم ، واصطلامهم للمسلمين أعظم من بذل المال .

ولو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى ، والباقى للآخر، وطلب صاحب الأكثر القسمة، أجيب فى الأصح وإن كان فيه ضرر شريكه.

---

(١) راجع : قواعد الأحكام (١/ ٩٥).

(٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/ ٤٥) ، وللسيوطي (٩٦)، ولابن نجيم (٨٨). ورمي الكفار إذا تترسوا ... إلخ يدخل – أيضاً –في معنى الضرر العام الذي يزال بارتكاب الضرر الخاص .

والخلع في الحيض لا يحرم ؛ لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة.

ولو وجد المضطر ميتة وطعام غائب ، فالأصح : أنه يأكل الميتة ؛ لأنها مباحة النص، وطعام الغير بالاجتهاد ، أو المحرم ميتة وصيداً ، فالأصح كذلك ؛ لأنه يرتكب في الصيد محظورين : القتل ، والأكل.

ومن ذلك : ما لو بنى أو غرس في العرصة بزعم سبب شرعى : كما لو ورث إنسان أرضًا فبنى فيها أو غرس ، ثم استحقت ، فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة العرصة، فأيهما كان أكثر قيمة يتملك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكه .

ومثل هذا : مالو أحدث المشترى في العقار المشفوع أبنية أو غرسًا ، فلو أجبر المشترى والحالة هذه على قلعها وتسليم العقار للشفيع، يتضرر المشترى ، كما أنه إذا أجبر الشفيع على أخذ المشفوع مع دفع قيمة البناء الذى أحدثه المشترى يتضرر – أيضًا– بإجباره على دفع نقود ثمنًا للبناء المحدث زيادة عن قيمه المشفوع إلا أن هذا الضرر أخف من ضرر المشترى فيما لو أجبرناه على قلع البناء، إذ يضيع ما أنفقه على البناء بلا مقابل بخلاف الشفيع، فإنه يأخذ مقابل الثمن الذى يدفعه: البناء أو الشجر.

إذًا فضرر الشفيع أخف من ضرر المشتري، فيختار، ويكلف بأخذ الأبنية ودفع القيمة للمشتري.

وهكذا فإنه يظهر أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه استثناء من أن « الضرر لا يزال بالضرر».

وهذا معناه : أن الشريعة لا تمنع الضرر الأخف في معارضة الضرر الأشد، بل تقضى برفع الضرر الأشد ولو بأن يتحمل الضرر الأخف .

هذا مع ملاحظة تعويض المضرور – الذى يقضى عليه بأن يتحمل الضرر الأخف – التعويض العادل كلما أمكن ذلك .

وإيجاب الشريعة تعويض المضرور – الذى يقضى عليه بأن يتحمل الضرر الأخف – التعويض العادل يدل على أن الضرر الأخف لا يهمل بالكلية فى معارضة الضرر الأشد ، بل يراعى ويعتبر ، فيحكم بوجوب ضمان ما تولد عنه كلما كان ذلك ممكنًا (١) .

تلك هى التفصيلات المهمة بخصوص هذا الاستثناء الأول « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » الذى يرد على قاعدة « الضرر الخاص لا يزال بالضرر » .

ونعرض فيما يلى لهذا الاستثناء الثانى « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام » الذى يرد على قاعدة « الضرر لا يزال بالضرر » .

ثانيًا : تفصيل القول بخصوص هذا الاستثناء« يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»

سبق القول بأنه لو تعارض ضرران ، وكان أحدهما خاصًا والآخر عامًا ، فإنه يزال الضرر العام بارتكاب الضرر الخاص ؛ لأن الضرر العام – فى معارضة الضرر الخاص– فى معنى أشد الضررين لتعلقه بعموم الأفراد ، فيتحمل لأجل إزالته الضرر الأخف ، وهو – هنا – الضرر الخاص.

---

(١) ـ وذلك إذا كانت إزالة الضرر الأشد مستوجبة للحوق ضرر أخف بأحد الأشخاص ، فإنه يعوض المضرور التعويض العادل الذي ينجبر به ضرره .

وهذا بخلاف ما لو كان تصرف أحد الأشخاص يترتب عليه ضرر أشد، فإنه يمنع هذا الشخص من التصرف علي ما في ذلك من الضرر به؛ دفعًا للضرر الأشد باحتمال الضرر الأخف، وذلك من غير التفات إلي هذا الضرر الأخف .

قال ابن نجيم : « يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام ، وهذا مقيد لقولهم : الضرر لا يزال بمثله » [1] .

ويرجع ذلك إلى قاعدة « دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما » ، فالضرر العام مفسدة ، والضرر الخاص مفسدة ، وقد اجتمعت المفسدتان ، فإن أمكن الدرء للضررين درأنا، وإن تعذر درء الجميع للتعارض « درأنا الأفسد فالأفسد، والأرذل فالأرذل »[2] . وحيث إن مفسدة الضرر العام أكبر لتعلقها بعموم الأفراد ، ومفسدة الضرر الخاص دون ذلك لتعلقها بفرد واحد أو أفراد قليلين بالنسبة إلى العموم ، فإنه يقضى بتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام .

ومن تطبيقات ذلك : إزالة الملكية الخاصة لمصلحة المجتمع : كنزع الملكية لتوسعة مسجد ، أو طريق عام ، ففى هذه الإزالة إلحاق الضرر بصاحب الملكية ، وفى عدمها إلحاق الضرر بعموم الناس ، ولما كان ضرر العامة أفدح من ضرر شخص أو أشخاص قليلين ، فإنه يتحمل ضرر الأشخاص القليلين لدفع الضرر الأفدح الذى يتعلق بالعموم .

هذا مع ملاحظة أن الشريعة تقضى بأن يعوض صاحب الملكية عما فاته من ملكيته تعويضاً عادلاً يرضيه .

ويفصل الإمام الشاطبى – رحمه الله – القول فى ذلك مبيناً ضوابط إزالة الملكية الخاصة وما فى معناها من منع التصرف المأذون فيه دفعاً للضرر العام بتحمل الضرر الخاص ، وذلك حيث يقول : « ومثل هذا لا يخلو أن يلزم من منعه (التصرف فى ملكه رفعاً للضرر العام) الإضرار به ، بحيث

---

(1)- الاشباه والنظائر (87).

(2)- قواعد الأحكام في مصالح الأنام (1/ 93).

لا ينجبر (كفقد حياة ، أوعضو من أعضائه ، أو ما ماثل ذلك) ، أوْ لا .

فإن لزم من منعه الإضرار به بحيث لا ينجبر ، قدم حقه على الإطلاق على تنازع يضعف مدركه من مسألة الترس التى مثل بها الأصوليون فيما إذا تترس الكفار بمسلم ، وعلم أن الترس إذا لم يقتل استؤصل أهل الإسلام .

وإن أمكن انجبار الإضرار ورفعه جملة (بالتعويض العادل كما فى الأمور المالية) ، فاعتبار الضرر العام أولى . . .؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ؛ بدليل النهى عن تلقى السلع ، وعن بيع الحاضر للبادى ، واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا فى مسجد رسول الله - ﷺ - من غيره مما رضى وما لا .

وذلك يقضى بمصلحة العموم على مصلحة الخصوص (أى : بتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام)، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة لا تنجبر» [1] .

وهكذا فإنه يظهر أن الشريعة لا تهمل الضرر الخاص بالكلية حينما تقرر « تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام » ، بل تراعيه وتعتبره ، وذلك **أولاً** : باشتراطها أن لا يلحق الخصوص - من جراء القضاء عليهم بتحمل الضرر الخاص - مضرة لا تنجبر .

وثانيًا : إيجاب التعويض العادل الذى يتحقق به الجبر للمضرور وتدارك ما فات.

---

(١)- الموافقات (٢/ ٣٤٩، ٣٥٠)

ومن التطبيقات كذلك التي يتبين بها أنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام : جواز الحجر على البالغ العاقل الحر عند أبي حنيفة – رحمه الله – في ثلاث : المفتي الماجن ، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس . فمنع هؤلاء من مزاولة أعمالهم ضرر لهم ، إلا أنه خاص بهم ، ولكن لو تركوا وشأنهم يحصل من مزاولتهم أعمالهم ضرر عام : كإهلاك كثير من الناس بجهل الطبيب، وتضليل العباد والتشويش عليهم في الدين بمجون المفتي ، وغش الناس من المكاري المفلس الذي يكاري الدابة ويأخذ الكراء، فإذا جاء أوان السفر رأيته لا دابة له، فينقطع المكتري عن الرفقة ويضيع عليه ماله، وعلى هذا فإنه يقدم الضرر العام ، فيقضي بمنعه ولو بأن يتحمل الضرر الخاص [1] .

وفي معنى هذا : الحجر على السفيه عند الصاحبين (محمد ، وأبي يوسف) ؛ دفعًا للضرر العام[2] ؛ ذلك أن السفه عمل بخلاف موجب الشرع، واتباع للهوي، ومن عادة السفيه : التبذير والإسراف في النفقة والتصرف لا لغرض، أو لغرض لا يعتد به العقلاء من أهل الديانة : مثل دفع المال إلى المغنيات والراقصات، وشراء ما لا يفيد من توافه الأشياء بأثمان غالية ، والغبن في التجارات، فهذا تضييع لمن تعلقت مصالحهم بالسفيه، وهو في نفس الوقت تضييع للمجتمع الذي ثروته هي مجموع ما يملكه الناس من أموال ، فإهدار البعض لأموالهم فيما لا طائل من ورائه هو – في حقيقة الأمر – تبديد لجزء من ثروة الأمة وتفويت على المجتمع أن يفيد من هذه الثروة بإنفاقها فيما ينفع ، ومن ثم فإنه يمنع السفيه من التصرف في ماله ويحجر عليه دفعًا للضرر العام [2] .

---

(١)- انظر : الأشباه لابن نجيم (٨٧) ، وغمز عيون البصائر (١/ ٢٨١) ، ودرر الحكام (١/ ٤٠) ، وشرح القواعد الفقهية (١٤٤).

(٢)-الأشباه لابن نجيم (٨٧).

ومن التطبيقات - أيضًا - : بيع مال المديون المحبوس عند الصاحبين؛ لقضاء دينه ؛ دفعًا للضرر العام .

ومنها : وجوب نقض حائط مملوك مال إلى طريق العامة على مالكها، دفعًا للضرر العام ، وهكذا كل بناء آيل للسقوط ، فإنه يجبر صاحبه على هدمه خوفًا من وقوعه على المارة .

ومنها : التسعير عند تعدى أرباب الطعام فى بيعه بغبن فاحش.

ومنها : بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع ؛ دفعًا للضرر العام .

جاء فى غمز عيون البصائر : « ولا ينبغى للسلطان أن يسعر ؛ لما بينا أن المسعر هو الله - تعالى - ... ؛ إلا أن يتعدى أرباب الطعام تعديًا فاحشًا فى القيمة فلا بأس بذلك بمشورة أهل الخبرة؛ لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع، وقد قال أصحابنا : إذا خاف الإمام على أهل المصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكر وفرقه عليهم ، فإذا وجدوا ردوا مثله ، وليس هذا حجراً ، وإنما هو للضرورة كما فى المخمصة » (١) .

وعلى هذا فإنه يجوز تحديد أسعار المأكولات عند طمع التجار فى زيادة الأرباح زيادة تضر بمصالح العامة، وذلك دفعًا للضرر العام باحتمال الضرر الخاص.

وكذلك فإنه يمنع إخراج بعض السلع من بلدة إلى أخرى إذا كان فى إخراجها ارتفاع الأسعار فى البلدة، دفعًا للضرر العام . قال فى جامع الفصولين : « لو أن أعرابًا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ، ويضر

---

(١)- غمز عيون البصائر (١/ ٢٨٢).

ذلك بأهلهـا ، لهم منعـهـم عنه، ألا ترى أن أهل البلدة يمنعـون عن الشـراء للحكرة، فهذا أولي » [١] .

ومن ذلك – أيضًا– : منع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزارين ؛ خوفًا من لحوق التلف ببضائع التجار من دخان طعامه [٢] .

ويتـخرج على هذا اتخـاذ المصـانع التى لهـا دوى صـوت ومزيد دخـان ونحوه من الملوثات وسط أبنية تتخذ للسكنى ، فإنه يمنع من ذلك دفعًا للضرر العام، وتجعل هذه المصانع حيث يليق بها من الأمكنة مع اتخاذ الحيطة اللازمة التى تمنع من حصول التلوث بها .

ومن ذلك – أيضًا– : جواز هدم وتخريب العقارات المجاورة للحريق لمنع سـريان النار فى كل البلدة بإذن الإمـام ، دفـعًـا للضـرر العـام على أن يعـوض أصحابها التعويض المناسب من بيت المال ، فلو هدمها أحد بغير إذن الإمام أو مـن ينوب عـنه، ضـمـن قيمتـهـا معـرضـة للحـريق من ماله الخـاص ؛ لافتيـاته على الإمام [٣] .

ومنه كذلك : جواز المرور فى ملك الغير لإصلاح المرفق العام . جاء فى جامع الفصولين : أنه يجوز المرور فى ملك الغير لإصلاح النهر العام كالفرات« فإن فيه ضرر الخاص لدفع الضرر العام ، وهو يجوز » .

وهكذا فإنه يظهر أن الضرر العام يزال بارتكاب الضرر الخاص استثناء من أن « الضرر لا يزال بالضرر » .

---

(١)- جامع الفصولين (٢/ ١٩٨).

(٢)- أشباه ابن نجيم (٨٧).

(٣)- انظر : درر الحكام (١/ ٤٠) ، والمادة (١٣٢٥) من مجلة الأحكام العدلية .

هذا مع ملاحظة أن المضرور – الذى يقضى بتحمله الضرر الخاص – كثيراً ماتوجب الشريعة تعويضه التعويض العادل جبراً لضرره ، وذلك على النحو الذى سبقت الإشارة إليه .

ويدل مثل هذا على أن الشريعة لا تهمل الضرر الخاص فى معارضة الضرر العام بالكلية بل تراعيه وتعتبره، فتحكم بوجوب ضمان ما تولد عنه كلما أمكن ذلك (١) .

وبمجموع هذا الذى ذكر تكون قد اتضحت المعالم الرئيسة لهذا الضابط الذى يحكم عمل قاعدة « الضرر يزال » ، وذلك بما حاصله : أن الضرر يزال ، لكن لا بضرر مماثل له ، ولا بضرر فوقه بالأولى ، بل بضرر دونه ، فيزال الضرر الأشد باحتمال الضرر الأخف ، والضرر العام باحتمال الضرر الخاص (٢) .

---

(١)- وذلك إذا كانت إزالة الضرر العام مستوجبة للحوق ضرر خاص بأحد الأشخاص ، أو أشخاص قليلين ، فإنه يعوض المضرور التعويض العادل الذى ينجبر به ضرره : كما فى إزالة ضرر المارة بانتزاع بعض الملكيات الخاصة لتوسعة الطريق العام ، فإنه يعوض أصحاب الملكيات المنزوعة التعويض الذى ينجبر به ضررهم .

وهذا بخلاف مالوكان تصرف أحد الأشخاص وأشخاص قليلين مستوجبًا ضرراً عامًا يلحق بعموم الأفراد ، فإنه يمنع الشخص أو الأشخاص من التصرف على إن هذا يضر بهم ، دفعًا للضرر العام باحتمال الضرر الخاص ، وذلك من غير التفات إلى هذا الضرر الخاص : كما لو باع التجار بغبن فاحش ، فإنه يسعر عليهم دفعًا للضرر العام ، وكما لو مارس شخص الطب جاهلاً به ، فإنه يحجر علية (أى يمنع من ذلك)دفعًا للضرر العام .

(٢)- وكل هذا إذا كان الضرر محقق الوقوع فى الحال (أى : واقعًا بالفعل) ، أما إذا كان متوقعًا (أى : محقق الوقوع فى المستقبل) فإنه تعمل فى مواجهته تلك القاعدة « الضرر يدفع بقدر الإمكان » .

فهذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الكافية الكافلة ، وفقًا لقاعدة المصالح المرسلة ، والسياسة الشرعية ؛ لأن الوقاية خير من العلاج ، والدفع أسهل من الرفع ، وذلك بقدر الإمكان ؛ لأن التكليف الشرعى على حسب الاستطاعة .

ولهذا نجد فى ميدان المصالح العامة أنه شرع الجهاد لدفع ضرر الأعداء وشرهم ،

والبحث ينتقل بعد هذا إلى حيث تفصيل القول بخصوص حقيقة عمل قاعدة« الضرر يزال » في مواجهة الأضرار، وذلك من خلال هذه المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : إزالة عين الضرر (أو الجزاء العينى للضرر) .

المبحث الثانى : إزالة الضرر بالضمان (أو الجزاء التعويضى للضرر) .

المبحث الثالث : إزالة الضرر بالعقوبة الحدية ، أو التعزيرية (أو الجزاء العقابى للضرر) .

****

= ووجبت العقوبات - علاوة على ما فيها من عقوبة المجرمين - لقمع الإجرام وصيانة الأمن الداخلى ، ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر والحيلولة دونه .

ونجد فى ميدان الحقوق الخاصة أنه شرع حق الشفعة لمقاصد، منها دفع ضرر سوء الجوار ، وشرعت بعض الخيارات فى العقود لدفع الضرر: كما فى خيار الشرط ، وخيار الرؤية، وخيار التعيين فى البيوع ؛ لحاجة المشترين إلى التروى والاستشارة قبل البت.

انظر : المدخل الفقهى العام (٢/ ٩٨١، ٩٨٢) ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٤٢) ، وشرح المجلة لسليم باز رستم (٣٢، ٣٣) ، وشرح القواعد الفقهية (١٥٣).

المبحث الأول

إزالة عين الضرر (أو الجزاء العينى للضرر)

عرفنا أن المقصود بالجزاء العينى للضرر هو أن يزال عين الضرر – فيما لو أمكن ذلك – ويعاد الحال إلى ما كان عليه قبل هذا الضرر تماماً بتمام.

ويتمثل هذا الجزاء– فى باب التصرفات الفعلية – فى المنع من الفعل الذى ترتب عليه وقوع الضرر، أو الإجبار على الفعل الذى ترتب الضرر على الامتناع عن القيام به .

أما فى باب التصرفات القولية فإن هذا الجزاء يتمثل فى مراجعة النظر الفقهى بخصوص التصرف القولى [1] ، أو فى إجبار الممتنع عليه، أو الحرمان – أى : المنع – منه ، وذلك على نحو ما سنري.

ونعرض فيما يلى لكل واحد من هذه الأشياء على وجه الإيجاز غير المخل .

(أ) – بالنسبة للتصرفات الفعلية :

(١)– منع الفعل :

إذا كان الفعل يخل بالمصلحة إخلالاً يعتبر مثله ضرراً فإنه يحكم بمنعه إزالة للضرر المترتب عليه، وتشير إلى هذا فروع تطبيقية كثيرة فى مذاهب الفقه المختلفة ، فمن ذلك :

---

(١)– التصرف القولي هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول يرتب عليه الشارع أثرًا شرعيًا ، وهو ثلاثة أنواع سوف نعرض لها بعد قليل . انظر : الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة (١٧٩ وما بعدها) ، والمدخل الفقهي العام (١ / ٢٨٩ ، ٢٩٠ /ف١١٣) ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للأستاذ عبد الكريم زيدان (٢٨٦) ط : دار عمر بن الخطاب – الإسكندرية .

أولاً : فى الفقه الحنفى :

جاء فى كتب الحنفية : أنه لو بنى الرجل فى داره تنوراً للخبز الدائم ، أو رحًا للطحن ، أو مدقة للقصارين - يمنع عنه ؛ لتضرر جيرانه ضرراً فاحشًا .

وعن أبى يوسف : لو اتخذ داره حماما، ويتاذى الجيران من دخانها، فلهم منعه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران .

وعن بعضهم : إذا استفتى عن بناء تنور فى ملكه للخبز فى وسط البزازين ، تارة كان يفتى بأنه له ذلك، وتارة يفتى بأنه ليس له ذلك (أي: يمنع منه) [1] .

ومن مسائل ذلك - أيضا - : أنه لو أراد رجل أن يتخذ داره بستانًا ليس لجاره أن يمنعه إذا كانت الأرض صلبة : لا يتعدى ضرر الماء إلى جداره .

فإن كانت - أى : الأرض - رخوة : يتعدى - أى : الماء - إلى جداره ، فله أن يمنعه، وعلى هذا إذا جعل دكانه طاحونة، أو جعله للقصارة ، وعلى هذا لو أراد أن يبنى حمامًا ، أو اصطبلا . أى : أنه يمنع من ذلك إذا كان ضرره يتعدى إلى جدار جاره ، فإن لم يكن يتعدى فلا[2] .

ومن هذه المسائل كذلك مسألة اتخاذ الكوة (النافذة) المطلة على موضع نساء الجيران ، فإنه يمنع صاحب الكوة من اتخاذها؛ لكون الضرر

---

(١)- انظر : فتح القدير (٧ / ٣٢٦) ، وجامع الفصولين (٢ / ١٩٤) ، ومعين الحاكم (٢ ١٦٢) ، وتبيين الحقائق (٤/ ١٩٦) .

(٢)- لسان الحكام لابن الشحنة (٤١٠) .

بينًا (١). قال ابن عابدين :

ولا فرق بين القديم والحادث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيه (٢).

وقد أفتى شيخ الإسلام قارئ الهداية لما سئل : هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره ، وعياله ؟ فأجاب : بأنه يمنع من ذلك(٣).

وفى حاشية الرملى على جامع الفصولين : وقد سئلت فى غرفة إذا صعد لها صاحبها من سلم يطلع على دار جاره، وينظر إلى عوراته هل يمنع من الصعود ؟ فأجبت أخذاً مما فى فتاوى أبى الليث بالمنع بغير إعلام لحاجة ، كما هو جواب الاستحسان فى الضرر البين (٤).

فهذه جملة أفعال يمنع منها قطعًا للضرر ودرءاً للمفسدة، وهذا مما يؤكد وجهة البحث فى أنه يزال عين الضرر بالمنع من الفعل الذى يؤدى إليه ما أمكن ذلك .

ثانيًا : الفقه المالكى :

جاء فى « الشرح الصغير » أنه يقضى بمنع دخان : كحمام ، وفرن ، ومطبخ ، وقمين ، وبمنع رائحة كريهة : كدبغ، ورائحة مذبح، ومسمط، والمراد : الحادث ، لا القديم (٥).

---

(١)- الحواشي الرقيقة علي جامع الفصولين (٢ / ١٩٥).

(٢)- منحة الخالق علي البحر الرائق لابن عابدين (٧ / ٣٣).

(٣)- السابق . (٤)- الحواشي الرقيقة(٢ / ١٩٥).

(٥)- الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٢ / ١٧٦) . وانظر في ذلك : والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٣٦٩) ، والبهجة شرح التحفة (٢ / ٢٣٥) ، والمنتقى للباجى (٦ / ٦٠) ، وشرح الزرقاني على خليل (٣ / ٦٣).

قال الصاوى فى حاشيته على الشرح : أى بمنع إحداث ذى دخان تتضرر الجيران بسببه، وقوله (وبمنع رائحة) . أ ى : وقضى بمنع إحداث ذى رائحة كريهة . . .، ويمنع الشخص من تنفيض الحصر ، ونحوها على باب داره إذا أضر الغبار بالمارة ، ولا حجة له أنه إنما فعله على باب داره، قاله ابن حبيب [1] .

وفى المذهب : أن من فتح بقرب جاره مرحاضاً ولم يغطه منع منه [2]

وجاء فى « المدونة » : لو أن رجلاً حفر بئرًا بعيدة عن بئر جار له، وكان أحياها قبل ذلك فانقطع ماء البئر الأولي، وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئر الثانية – أيقضى له على هذا بردم البئر الثانية أم لا فى قول مالك ؟ قال : قال مالك :

« للرجل أن يمنع ما يضر ببئره فإذا كان له أن يمنع ، فله أن يقوم على هذا فيردم بئره التى حفرها » [3] .

وفيها – أيضا – : أرأيت الآبار التى تكون فى الدور، أيكون لى أن أمنع جارى من أن يحفر فى داره بئرًا يضر ببئرى التى فى دارى أم لا ؟ قال سمعت مالكا يقول فى الرجل يكون له فى داره بئر إلى جنب جداره فحفر جاره فى داره بئرًا إلى جنب جداره من خلفها ، قال : « إن كان ذلك يضر ببئر جاره – منع من ذلك » . قلت : وكذلك لو أحدث كنيفا أيضا يضر ذلك ببئرى منع من ذلك فى قول مالك ؟ قال : نعم . قلت : وكذلك لو كانت بئرى فى وسط دارى فحفر جارى فى وسط داره بئرًا يضر ببئري –

---

(١)- حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢/ ١٧٦).

(٢)- تبصرة الحكام لابن فرحون (٢ / ٢٦١).

(٣)- المدونة مع مقدمات ابن رشد (٤ / ٣٧٧).

منع من ذلك ؟ . قال : نعم ، وسط الدار، وغير وسطها سواء، يمنع جاره من أن يحدث فى داره بئراً تضر ببئره عند مالك [1] .

فتلك أفعال منع منها الفقه المالكى لأنها تخل بمصالح الغير إخلالا يعتبر مثله ضرراً؛ وذلك قطعاً (أى : إزالة) للضرر المترتب عليها .

ثالثًا : الفقه الشافعي :

قال النووى : « لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حمامًا، أو اصطبلاً ، أو طاحونة، أو حانوته فى صف العطارين حانوت حداد، أو قصار على خلاف العادة ، ففيه وجهان، أحدهما : يمنع للإضرار، وأصحهما : الجواز . . .، وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده .

فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل فى حيطان الجار فالأصح : المنع ، وذلك مثل أن يدق الشيء فى داره دقًا عنيفًا تتزعزع منه الحيطان، أو حبس الماء فى ملكه بحيث تنتشر منه النداوة إلى حيطان الجار .

ولو اتخذ داره مدبغة، أو حانوته مخبزة حيث لا يعتاد ، فإن قلنا : لا يمنع فى الصورة السابقة ، فهنا أولي . .، واختار الرويانى فى كل هذا : أن يجتهد الحاكم فيها، ويمنع إن ظهر له التعنت وقصد الفساد، وكذلك القول فى إطالة البناء ومنع الشمس والقمر» [2] .

فهذا النص يدل على أن الفقه الشافعى يمنع من الفعل الذى يخل بالمصلحة إخلالاً يعد مثله ضرراً معتبراً وذلك من قبيل إزالة الضرر ودرء المفسدة .

---

(١)- المدونة مع مقدمات ابن رشد(٤ / ٣٧٨).

(٢)- روضة الطالبين (٥ / ٢٨٥).

رابعًا : الفقه الحنبلي :

قال أحمد في رواية محمد بن يحيي المتطبب (الرواية الثانية) في الرجل يحفر قناة إلى جنب قناة الرجل : « لا يقر عليها وتطم »[1] .

وقال في رواية ابن منصور : « لا يحفر بئرًا إلى جنب بئره، أو كنيفًا إلى جنب حائطه، وإن كان في حده » قيل له : فيقدر أن يمنعه ؟ قال : « نعم » [2] .

وقد صرح به في رواية الميموني ، فقال عن الشعبي : إنه حدث في قاضٍ قضى بين رجلين، لكل واحد منهما بستان إلى جنب صاحبه، فاحتفر أحدهما في بستانه بئرًا، فساق ماء بئر بستان جاره، فقضى أن تسد بئر هذا ، فإن رجع ماؤه فذاك، وإن لم يرجع كلف أن يخرج ما ألقى في بئر جاره . فقال الشعبي : أصاب القضاء ، وأعجب أحمد قضاؤه، وهو اختيار أبي بكر [3] .

فأحمد – رحمه الله تعالى – يرى فيما لو ثبت أن ذهاب ماء البئر القديمة إنما كان بسبب البئر الحادثة : أنه يمنع صاحب البئر المحدثة من استمرار بئره بأن تسد عليه .

وجاء في الفروع أنه « من أحدث في ملكه ما يضر بجاره : كحمام ، وكنيف، ورحا، وتنور – فله منعه » [4] . يعني : أن من أحدث عليه ذلك له القيام على المحدث بالمنع؛ رفعًا لما نزل به من ضرر .

---

(١)- الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلي (٢٢١).

(٢)- المصدر السابق .

(٣)- الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلي (٢٢١).

(٤)- (٣/ ٢٨٥).

وهكذا يثبت لنا من مجموع ما ذكر – من الفروع التطبيقية – أن الضرر إذا كان مصدره تصرفا فعليًا فإنه يزال – أى : يرفع – عن طريق المنع من هذا التصرف. وتلك هى السبيل الأولى لإزالة عين الضرر فى باب التصرفات الفعلية .

٢- إزالة عين الضرر عن طريق الإجبار على الفعل :

إذا كان مصدر الضرر هو الامتناع عما يجب للآخرين من فعل فإنه يزال هذا الضرر بإجبار الممتنع على القيام بالفعل الواجب عليه .

فمن ذلك إجبار الحاكم رب الحائط على تمكين جاره من وضع خشبه- الذى يحتاج إلى وضعه على حائطه كما هو مذهب الحنابلة ، والظاهرية .

جاء فى كشاف القناع : أنه ليس للجار رب الحائط منع الجار الآخر« من وضع خشبه – إذا لم يمكن تسقيف إلا به، بلا ضرر – على الحائط ..، فإن أبى رب الحائط تمكينه منه أجبره حاكم عليه ؛ لأنه حق عليه»[١] .

وقال ابن حزم : « لا يحل لأحد أن يمنع جاره من أن يدخل خشبًا فى جداره، ويجبر على ذلك – أحب أم كره – إن لم يأذن له »[٢] .

ومن ذلك أيضًا ما ذكره ابن القيم فى « الطرق الحكمية » فيما لو قدر أن قومًا اضطروا إلى السكنى فى بيت إنسان لا يجدون سواه، أو النزول فى خان مملوك، أو استعارة ثياب يستدفئون بها، أو رحا للطحن، أو دلو لنزع الماء، أو قدر ، أو فأس أو غير ذلك ، أنه يجب على صاحبه بذله بلا

---

(١) - (٣/ ٤١١).

(٢) - المحلى لابن حزم (٨/ ٢٤٢).

نزاع[1] : أى : يجبر عليه .

ومن ذلك ما لو احتاج إلى إجراء مائه فى أرض غيره، من غير ضرر لصاحب الأرض ، فإنه يجبر صاحب الأرض على إجرائه ، والإجبار قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة - رضى الله عنهم - ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد [2] .

فهذه الأفعال التى تجب للآخرين - والتى يضرهم الامتناع عن فعلها - يجبر الممتنع على القيام بها ؛ رفعًا للضرر ودرءاً للمفسدة . وتلك هى السبيل الأخرى لإزالة عين الضررفى هذا الباب : باب التصرفات الفعلية .

وبهذا نكون قد وقفنا على حقيقة الجزاء العينى للضرر بالنسبة للتصرف الفعلى والمتمثل فى المنع من الفعل الذى يترتب عليه الضرر، أو الإجبار على الفعل الذى يترتب الضرر على الامتناع عن القيام به، ويعرض البحث فيما يلى للجزاء العينى للضرر فى باب التصرفات القولية .

ب- الجزاء العينى للضرر فى باب التصرفات القولية :

ابتداء فإنه يقسم العلماء التصرف القولى إلى ثلاثة أنواع : **(الأول)** تصرف يتكون من قولين صادرين من طرفين ، ويستلزم توافق إرادتين : كما فى البيع ، والإجارة ، ونحو ذلك ، وهذا هو العقد .

---

(١)- الطرق الحكمية (٣٤٣) . ط : مكتبة المدني ، بتحقيق الدكتور جميل غازي . لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً ؟ فيه قولان للعلماء، وهما وجهان لأصحاب أحمد ، ومن جوز له أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة على أجرة المثل . قال ابن تيمية : «والصحيح وجوب بذل ذلك مجانا إذا كان صاحبها مستغنيًا عن تلك المنفعة وعوضها كما دل عليه الكتاب والسنة » . انظر : مجموع الفتاوى(٢٨/ ٩٨، ٩٩).

(٢)- الطرق الحكمية (٣٤٤) ، وجامع العلوم والحكم (٣٠٣) ، وقد تقدم ذكر ذلك .

(الثاني) : تصرف يتكون من قول واحد يصدر من طرف واحد، وبإرادة واحدة ، وينشأ بها التزام الإنسان بمجرد إرادته وعبارته ، ويتضمن إنشاء حق ، أو إنهاءه، أو إسقاطه : كالوقف، والطلاق، والإبراء، والتنازل عن حق الشفعة ، وهذا النوع من التصرف يسمى بالإرادة المنفردة .

(الثالث) : تصرف ليس فيه ارتباط بين إرادتين ، وليس هو إرادة واحدة تتجه إلى إنشاء حق، أو إسقاطه، وإنما هو قول تترتب عليه أحكام مدنية وجزائية : كالدعوى ، فهي طلب حق أمام القضاء، وكالإقرار ، فهو اعتراف بحق ثبت في الماضي ، وليس هو إنشاء لحق ، وكالحلف على نفي دعوى الخصم، فهو إخبار تترتب عليه أحكام قضائية مدنية، وكالأقوال التي تُكَوِّن جريمة تعاقب عليها الشريعة : كالقذف [١] .

والذي يدخل معنا من هذه الأنواع الثلاثة في مبحث الجزاء العيني للضرر هو النوع الأول : العقد، والنوع الثاني : الإرادة المنفردة ، أما النوع الثالث فإنه يدخل تحت مبحثي الجزاء التعويضي للضرر(الضمان) ، والجزاء العقابي (الحدود ، والتعزيرات) .

فمن ذلك ما ذكر من حد القذف عقوبة على الأقوال التي تُكَوِّن تلك الجريمة، ومنه أيضًا : تعزير من يدعي على أهل الفضل دعاوى باطلة؛ لإيقافهم أمام القضاء إيلاما ، وامتهانًا [٢] ، كذلك فإن منه تضمين من يرجع عن شهادته ما ترتب على هذه الشهادة من الضرر بالمشهود عليه ،

---

(١)- المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا(١/ ٢٨٩، ٢٩٠/ ف١٣١) ، والملكية ونظرية العقد للشيخ : محمد أبو زهرة - رحمه الله تعالى - (١٧٩، وما بعدها / ف ١٠١، ١٠٢) ، والمدخل لدراسة الشريعة الإسلامية للأستاذ عبد الكريم زيدان (٢٨٦).

(٢) انظر : الشرح الصغير (٢ / ٢١٠) ففيه أنه « يؤدب من ادعى الغصب ، أو السرقة ، أو نحوهما على صالح مشهور بذلك لا يشار إليه بهذا ».

وقد سبقت الإشارة إلى بعض من ذلك [1] .

إذاً فالبحث يعنى بالجزاء العينى للضرر فى باب التصرفات القولية مراجعة النظر الفقهى للعقود وما ينشأعن الإرادة المنفردة من التزام ، وذلك إما بإبطال تلك التصرفات لمنع ترتب آثارها عليها [2] ، وإمّا بالحكم بوقفها فى حالة الانعقاد ، أو بفسخها (أى : حلها) فى حالة النفاذ ، أو بثبوت الخيار لأحد العاقدين أو كليهما ، أو بتعديل الالتزام بين طرفى العقد بحيث يكون الغنم بالغرم على وجه التقريب ، فلا يحصل غبن ولا ظلم : كما فى وضع الجوائح ؛ وذلك رفعًا للضرر الفاحش ، والخسارة الفادحة التى تقع على المشتري .

هذا وقد يكون الجزاء العينى فى هذا الباب بالإجبار على التصرف : كما فى إجبار المحتكر على البيع بثمن المثل ؛ رفعًا لضرره بالجماعة .

كذلك فإنه يكون هذا الجزاء – أيضًا – بالحرمان (أى : المنع) من التصرف : كما فى حرمان السفيه من التصرف بماله ؛ رفعًا للضرر عنه وعمن تعلقت مصالحهم به ، بل عن المجتمع بوجه عام .

وتفصيل القول فى ذلك على هذا النحو :

أولاً : مراجعة النظر الفقهى بخصوص التصرف القولى :

١- إبطال التصرف :

---

(١)- راجع مبحث العلاقة بين المصلحة ومراعاة الشريعة للضرر : موقف الفقه الشافعي من العمل بالمصلحة المرسلة .

(٢)- وذلك كما في الهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة، وقد تقدم كلام الشاطبي في ذلك ، وأيضًا كما في وصية الضرار، وبيع السلاح لأهل الحرب، وليس يخفى ما فى إبطال هذه التصرفات من تفادي وقوع المضار.

الأصل فى البطلان أن يُعْدَمَ التصرف، فالتصرف الباطل تصرف منعدم لا ينتج أثرًا من الوجهة الشرعية .

ويدل على هذا ما فى « الموافقات » من أن بطلان التصرف الشرعى من بيع، وشراء، وزواج، وطلاق، وإقرار ، وإبراء – هو : « عدم حصول آثاره المقررة له شرعًا بين الناس » (١) .

والمقصود – هنا – ليس هو دراسة البطلان : معناه ، وأسبابه ، وإنما يهدف البحث إلى بيان أن الشريعة تنظر إلى التصرف القولى الذى يخالف لنظامه الشرعى فى ناحية جوهرية على أنه لا اعتبار له من جهة عدم ترتب آثاره عليه وإن كان موجوداً حسّاً ، وهى ترمى بذلك إلى تحقيق هذا المقصد الأسمى الذى جملته تحصيل المصلحة بجانبيها : جلب المنافع وتكميلها ، وتعطيل المضار وتقليلها .

والذى يعنى البحث بتجليته – هنا – إنما هو ملاحظة ما يترتب على إبطال التصرف القولى من تعطيل المضار وتقليلها ، وحتى يتضح الأمر فإنه يلزم التمثيل بأحد الفروع التطبيقية التى تدل على ذلك، وليكن هذا الفرع هو : تصرفات المستكره القولية وأثر الإكراه فيها، وجملة القول بهذا الخصوص أنه : اختلف النظر الفقهى فى نوع تأثير الإكراه فى العقود ودرجته :

أ– فذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن الإكراه على عقد يمنع انعقاد ذلك العقد، فيجعله باطلا أصلاً ، وكذلك سائر التصرفات القولية ، ويعللون لذلك : بأن الإكراه يفسد القصد والاختيار ؛ ولأن نسبة الحكم إلى الفاعل بلا رضاه إلحاق للضرر به ، وهو غير جائز ؛ لأنه معصوم محترم

---

(١)- الموافقات (١ / ٢٩٣).

الحقوق ، والعصمة تقتضى أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه ؛ لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره (١) .

قال النووى في الروضة : « ويشترط فى المتعاقدين الاختيار، فإن أكرها على البيع لم يصح » (٢) .

وجاء فى مغنى المحتاج (٣): أنه لا يصح عقد مكره فى ماله بغير حق؛ لقول الله – تعالى – : ﴿ إلاَّ أن تكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُم ﴾(٤) .

ويؤكد على صواب هذا النظر شيخ الإسلام ابن تيمية الفقيه الحنبلي، حيث يرى – رحمه الله– أن أقوال المكره بغير حق لغو ، وذلك مثل بيعه ، وشرائه ، فيكون عقده باطلاً . قال فى مجموع الفتاوى : « فإذا أكره البيعان على العقد فهو باطل » (٥) .

ب– وذهب أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – إلى أن الإكراه يفسد العقد لا أنه يبطله (٦) ، والعقد الفاسد منعقد لا باطل ، وهو مستحق للفسخ، لكنه بعد زوال الإكراه لو أجاز المستكره العقد الذى عقده تحت الإكراه يصح هذا العقد ويصبح ملزماً ؛ لأن الفساد إنما كان صيانة لمصلحته ودفعًا للضرر عنه : ضرر أن يمضى عليه عقد بدون رضاه .

---

(١)- انظر : التلويح (٢ / ١٩٦، ١٩٧).

(٢)- الروضة (٣ / ٣٤٤).

(٣)- مغنى المحتاج (٢ / ٧).

(٤)- آية (٢٩) سورة النساء.

(٥) مجموع الفتاوى (٢٩ / ١٩٦، ١٩٧) ، وتلك هى وجهة الفقه الحنبلى . انظر : المبدع (٤ / ٧) ، وغاية المنتهى (٢ / ٥).

(٦)- يفرق الحنفية بين العقد الباطل والعقد الفاسد، فالعقد الباطل هو ما اختل ركنه أو محله ، أو بتعبير آخر هو مالم يشرع بأصله ولا بوصفه : كأن يكون أحد العاقدين فاقد الأهلية ، أو أن تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون محل العقد غير قابل لحكم العقد شرعًا كبيع ما ليس بمال، أو ماليس مالاً متقومًا : كالخمر، والخنزير ، وبالجملة فهذا العقد لا يعد منعقداً أصلاً ، ولا يترتب عليه أى أثر شرعى . =

على أنه يوجد في المذهب وجهة أخرى لتلميذ أبى حنيفة زفر بن الهذيل ، وحاصلها : أن الإكراه يجعل العقد غير نافذ ، فهو كعقد الفضولى صحيح موقوف بالنسبة إلى المستكره، فيتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه : فإن أجازه جاز ، وإن أبطله بطل؛ لأن الإكراه إنما يخل بحق المستكره ومصلحته، فيكفى لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه (١) .

وتشعر المادة (١٠٠٦) من المجلة العدلية باختيارها رأى زفر – رحمه الله – وبناء حكمها عليه (٢) .

جـ- وذهب الاجتهاد المالكى إلى أن العقد بالإكراه منعقد صحيح ، لكنه غير ملزم، بل للمستكره الخيار فى إبطاله (٣) .

وهكذا فإنه يظهر لنا ذلك النظر الفقهى الرامى إلى إبطال التصرفات القولية للمستكره والمتمثل فى وجهتى الفقهين : الشافعى ، والحنبلى ، ومن ثم فإنه لا يترتب عليها أى أثر ، وهذا انطلاقًا من أن نسبة الحكم للفاعل بلا رضاه إلحاق للضرر به، وهو غير جائز ؛ لأنه معصوم محترم

= وأما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه . أى : ما كان صادراً ممن هو أهل له ، ومضافًا إلى محل قابل لحكمه ، والصيغة سليمة ، ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه شرعًا : كبيع المجهول جهالة فاحشة تفضى للنزاع : كبيع دار من دور دون تعيين ، وهذا العقد يثبت الملك فيه بالقبض بإذن المالك ، لكنه واجب الفسخ شرعًا.

والجمهور على أنه لا فرق بين الباطل والفاسد، فنهى الشارع عن عقد ما يعنى عدم اعتباره أصلاً ، وإثم من يقدم عليه ، سواء كان النهى عن ركن من أركان العقد (الصيغة ، العاقدان ، المحل) أو عن وصف عارض للعقد ، فإذا حدث عقد منهى عنه فهو باطل ، أو فاسد - بمعنى واحد - لا يترتب عليه أى أثر .

(١) انظر : بدائع الصنائع (٧/ ١٨٦ ، ومابعدها).

(٢)- انظر : شرح المجلة لسليم رستم (١/ ٥٩٩).

(٣)- حاشية الدسوقى (٣ / ٦).

الحقوق ، والعصمة تقتضى أن يدفع عنه الضرر بدون رضاه لئلا تفوت حقوقه بدون اختياره كما سبق أن ذكر.

ونتناول بعد ذلك الجزاء العينى المتمثل فى الحكم بوقف التصرف القولى (العقد) فيما لو كان قد تم الانعقاد.

٢- الحكم بوقف العقود :

العقود الموقوفة هى التى فيها تجاوز على حقٍّ لغير عاقديها يوجب توقفها على إرادته وإجازته ؛ ذلك أنها تصدر عن شخص إما أنه لا ولاية له على محل العقد : كعقد الفضولي، وإما أنه لا ولاية له على نوع التصرف : كعقد الصغير المميز فيما يتردد بين الضرر والنفع.

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك فى هذا المحل ، أو النيابة عن المالك، وألا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهونًا أو مستأجراً . فغير المالك - أى الفضولى - ليست له ولاية على محل العقد، وإذا كان العقد الصادر منه قد صدر من أهل له فى محل صالح لحكمه فمن ثم ينعقد صحيحًا ، إلا أن هذا العقد يكون موقوفًا لانعدام الولاية على المحل ، فلا ينفذ إلا بإجازة المالك ، ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتهن ، أو المستأجر به ، فالعقد الذى يصدر منه واقعًا على هذا المحل يكون موقوفًا على إجازة المرتهن أو المستأجر.

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذى يباشره، ومن التصرفات ما يكفى فيه مجرد التمييز ، ومنها ما لا يكفى التمييز فيه، بل يجب بلوغ سن الرشد، فإذا عدم المتصرف الولاية على نوع التصرف، فإن تصرفه هذا يكون موقوفا لا

ينفذ إلا بإجازة وليه، أو بإجازته هو بعد بلوغه السن التى بها تكون له أهلية تصرف كاملة .

وبناء عليه فإنه يتبين لنا أن العقد الموقوف صحيح الانعقاد [١] ، لكنه لا ينتج حكمه منذ انعقاده، بل إنه – رغم انعقاده صحيحاً – تكون آثاره الخاصة النوعية، وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة لا تتحقق ولا تسرى إما حماية لحق الغير من أن يمضى عليه عقد لم يأذن فيه ، وفى هذا إلحاق للضرر به ، وهو غير جائز ، لأنه معصوم محترم الحقوق ، والعصمة تقتضى أن يدفع عنه الضرر.

وإما حماية لحق المتصرف نفسه من سوء تصرفه لعدم رشده ، وحتى لا يمضى عليه عقد يؤدى إلى لحوق الضرر به .

والبحث – هنا– يزيد من وضوح هذا الأمر بإلقاء بعض الضوء على هذا الفرع الفقهى : بيع الفضولي.

الفضولى فى الأصل : من يشتغل بما لا يعنيه ، أو يعمل عملاً ليس من شأنه ، ومنه سمى فضوليًا من يعقد عقداً من العقود دون أن يكون له ولاية ما على القيام به : كمن يبيع أو يشترى للغير ، أو يؤجر أو يستأجر

---

(١)- يذهب الشافعية والحنابلة إلى أن العقد الموقوف عقد باطل ، وفى المذهب الحنفى ذاته رأى يذهب إلى أن العقد الموقوف غير صحيح ويأتى فى مرتبة بين العقد الباطل والعقد الفاسد، ولكن الرأى الراجح فى المذهب هو أن العقد الموقوف مرتبة من مراتب الصحيح، وهو مذهب المالكية أيضًا ورواية عن الإمام أحمد . وانظر : الروضة (٣ / ٣٥٣) ، والمجموع للنووى (٩ /٢٥٩، ٢٦١) ، ومغنى المحتاج (٢ / ١٥) ، وهو الجديد من المذهب ، وانظر : الفروع (٤/ ٣٦) ، والقواعد لابن رجب ص ٤١٧.

وانظر : بدائع الصنائع (٥ / ١٤٨) ، وحاشية رد المحتار (٥ / ١٠٦ ، ١٠٧) ، والبحر الرائق (٦/ ٧٠) ، والخرشى (٥ / ١٨) ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣ / ١٢) ، والقوانين ص ٢١٢ ، والفروع (٤ / ٣٦) .

لغـيـره دون وكـالة ، أو وصـاية ، أو ولاية له على العـقـد ، وبدون إذن مـن الغير.

إذًا فالفضولي هو المتصرف للغير بغير إذنه : كأن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع، وإن لم يرض فسخ[1] .

ومذاهب العلماء بخصوص بيع الفضولي تتقاسمها هاتان الوجهتان : الوجهة الأولى وهي وجهة المالكية، والحنفية ، ورواية عن الإمام أحمد : أن بيع الفضولي صحيح منعقد لكنه موقوف على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازه جاز ونفذ، وإلا فإنه يبطل [2]، وذلك حماية لمن تصرف له الفضولي بالبيع من أن يمضى عليه عقد لم يأذن فيه،فيلحقه الضرر بذلك.

والوجهة الثانية وهي وجهة الفقهين : الشافعي ، والحنبلي : أن بيع الفضولي لا يصح فيرد .

وبذلك يظهر لنا أن فكرة وقف عقد الفضولي يهدف الفقه الإسلامي من ورائها إلى إزالة الضرر المتوقع لحوقه بالغير في حالة ما لو أمضى عليه

---

(١)- انظر : بداية المجتهد لابن رشد (٢/ ١٩٥).

(٢)- انظر : بدائع الصنائع (٥ / ١٤٨) ، وحاشية رد المحتار (٥/ ١٠٦، ١٠٧) ، والخرشي (٥ / ١٨) ، وحاشية الدسوقي (٣ / ١٢) ، والقوانين ص ٢١٢، والفروع (٤/ ٣٦).

ويفرق الحنفية بين البيع والشراء، ففي حالة البيع ينعقد تصرف الفضولي صحيحًا موقوفًا سواء أضاف الفضولي العقد إلى نفسه أم إلى المالك.

وفي حالة الشراء : إن أضاف الفضولي الشراء لنفسه مع أنه يريد في نيته الشراء لغيره،كان الشراء له هو نفسه إن صح أن ينفذ عليه ؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الإنسان لنفسه لا لغيره.

وأما إن أضاف الشراء لغيره ، أو لم يجد عقد الشراء نفاذًا على الفضولي بأن كان صبيًا ، أو محجوراً عن التصرف ، انعقد الشراء موقوفًا على إجازة الغير، أو من اشترى له، فإن أجازه نفذ عليه

لكن المالكية يعتبرون تصرفات الفضولي وعقوده بصفة عامة في حالة البيع وحالة الشراء منعقدة موقوفة على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجازها جازت ونفذت وإلا بطلت ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن أو الوكالة السابقة .

هذا العقد من غير أن يكون قد أذن فيه ابتداء.

ويعرض البحث بعد ذلك للجزاء العينى المتمثل فى الحكم بفسخ التصرف القولى (أى : حله) حتى لا يترتب عليه أثره تفاديًا لوقوع المضار.

٣- الحكم بفسخ التصرف القولى :

الفسخ هو حل رابطة العقد[١] ، أو بتعبير آخر هو نقض للعقد من أساسه، وهذا معناه : زوال الرابطة الحقوقية التى ربطت المتعاقدين بموضوع العقد؛ وذلك حماية للعاقد من أن يمضى عليه عقد إمضاؤه يضر به .

وقد سبق أن عرض البحث لعدد من الفروع الفقهية تطبيقًا على ذلك ، والتى من أبرزها : فسخ الإجارة للعذر ، وفسخ المزارعة للعذر، هذا الفسخ الذى يقوم على أساس أن لا يتحمل العاقد ضرراً لم يلتزمه بالعقد، فحيث يعجز العاقد عن المضى فى موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه – أي: لم يكن فى حسابه وقت العقد – فإنه لا يجبر على الإمضاء، ويكون له الفسخ للعذر ؛ لأنه يوجد فى الجبر على الإمضاء معنى استحقاق الضرر بالعقد ، ولما كان الضرر لا يستحق بالعقد، ولا يلزم الإنسان منه مالم يلتزمه ، وأنه يزال كما هى قاعدة الشريعة « الضرر يزال » – فإنه يثبت الفسخ رفعًا لهذا الضرر.

وهكذا يتبين لنا أن مراجعة النظر الفقهى للتصرفات القولية بالحكم بفسخها يؤدى إلى إزالة الضرر، وذلك عن طريق حل التصرف الذى إمضاؤه والإلزام به يتسبب فى لحوق الضرر.

---

(١)- الأشباه والنظائر للسيوطي (٣١٣) ، والأشباه لابن نجيم (٣٣٨).

وينتقل البحث بعد هذا إلى حيث يتمثل الجزاء العينى للضرر فى ثبوت الخيار لأحد العاقدين أو لكليهما ؛ وذلك حتى لا يُمْضَى على أحد منهما عقد يتضرر به .

٤- ثبوت الخيار :

الخيار لغة : اسم من الاختيار ، وهو طلب خير الأمرين [١] .

واصطلاحًا : أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق فى فسخ العقد بأنْ يُعْطَى الحق فى تخير أحد الأمرين : إما إمضاء العقد وتقريره ، أو فسخه ونقضه من أساسه [٢] .

وإذا كان هذا هو المعنى الشرعى للخيارات فهو يومئ من قرب إلى العلة الدافعة لشرعية الخيارات، وهى : «الاستيثاق من الرضا، والتأكد من وجوده ، والتعرف لما يعود على العاقد له من وجوه النفع ، وما يغرم فى سبيلها ، والموازنة بينهما موازنة تكون على بينة من حقيقتهما» [٣] .

ومعنى هذا : أن الخيار شرع ضمانًا لرضا العاقدين ، وذلك حتى لا يلزمهما عقد لا يرضيانه فيتضرران به ، فهو – أى الخيار – مشروع لإزالة الضرر عن العاقدين : أحدهما ، أو كليهما .

فالإنسان قد يشتري– مثلاً – سلعة ، ويخفى عليه ما فيها من عيب عند التعاقد ، ثم يطلع عليه فيما بعد ، فيكون إمضاء مثل هذا العقد عليه وإلزامه به ضرراً وظلمًا ، ولذا فإن الشارع يعطى هذا المشترى الخيار فى فسخ العقد أو إبقائه؛ رفعًا للضرر عنه .

والخيارات تثبت بأحد أمرين [٤] :

---

(١)- لسان العرب مادة (خير) جـ٢/ ١٣٠٠ . ط : دار المعارف المصرية .

(٢) – الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة (٣٨٤).

(٣) – السابق .

(٤) – انظر : الملكية ونظرية العقد (ص ٣٨٥).

أ- إما باشتراط العاقد ؛ ليتم له العلم الصحيح بمغانم العقد ومغارمه، فيوازن بين ما يعود عليه من وجوه النفع وما يغرم فى سبيلها موازنة تجعله على بينة من الأمر فلا يلحقه ضرر . وهذا يشمل فرعين ، أحدهما : خيار التعيين ، والثاني : خيار الشرط .

ب- وإما بتقرير الشارع دفعًا لنقص فى العلم الذى قام عليه الرضا ، أو منعًا لتغرير وتجهيل فى صحته ؛ وذلك حتى لا يلحق العاقد ضرر بسبب إلزامه بعقد فيه تغرير به أو غبن له . وهذا يشمل خيارات كثيرة بعضها يختص بعقد لا يعدوه : كخيار العتق ، وخيار البلوغ ، وبعضها يعم عدداً من العقود ، ولا يختص بواحد منها، ومادام البحث يتكلم فى القواعد العامة ، فهو يؤثر الكلام عن هذا النوع الذى يعم ، والذى يعم خياران فقط ، هما : خيار العيب ، وخيار الرؤية .

إذاً فقد صار لدينا خيارات أربعة هى خيار التعيين، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب .

وجملة القول فى ذلك على هذا النحو :

خيار التعيين :

معناه : أن يكون العاقد - مشتريًا أو بائعًا [١] - بالخيار بمقتضى شرط فى العقد أن يعين واحداً من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها فيما بينها [٢] . فالعقد يكون معقوداً على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق فى تعيين ذلك الواحد .

---

(١) - والراجح عند الحنفية أن هذا الخيار إنما يثبت للمشترى ، لا البائع.

(٢)- انظر : حاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار (٤ / ٦٢٣، ٦٢٤)، وشرح مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر، وسليم رستم المواد من (٣١٦: ٣١٩).

ويدخل هذا النوع من الخيارات في عقود المعاوضات التي تفيد نقل ملكية الأعيان كالبيع، والهبة بعوض ، ونحو ذلك .

وقد اختلف الفقهاء في مشروعية هذا الخيار فمنعه الشافعية [١] ، والحنابلة [٢] ، وزفر من الحنفية [٣] ؛ لجهالة المبيع، والمبيع يشترط أن يكون معلومًا .

وأجازه أبو حنيفة وصاحباه استحسانًا لحاجة الناس إليه[٤] ؛ إذ قد يكون الشخص غير خبير بأحوال المشتريات ، فيحتاج إلى استشارة غيره ليأخذ الأرفق والأوفق له .

وقد يحتاج الشخص إلى توكيل غيره بالشراء : كالأكابر ، وكالمخدرات من النساء، فإنهم يحتاجون إلى أن يأمروا بالشراء لهم ، ثم لا تندفع حاجتهم بشراء شيء واحد معين من جنس ما يرغبون في شرائه، فعساه لا يوافق رغبتهم من كل الوجوه ، فيحتاج إلى أن يشترى رسولهم أو وكيلهم واحداً من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس ، ويحملها إليهم ليختاروا أحدها ، أو أن التاجر لا يوافق على إخراج البضاعة من محله إلى حيث الموكل إلا بشراء واحد من اثنين أو ثلاثة .

وهذا معنى معقول محقق لمصلحة التاجر فالبضاعة المقبوضة بالبيع تصبح مضمونة لا أنها مجرد أمانة، وهو – في نفس الوقت – نافع

---

(١)- انظر : المهذب مع المجموع (٩/ ١٩٣) ، والروضة (٣ / ٤٤٥) . ومثل هذا البيع باطل عند الشافعية ؛ لجهالة المبيع .

(٢)- انظر : المغنى (٣ / ٤٩٩) .ط : مكتبة القاهرة، وكشاف القناع (٣ / ٢٠٥). والحنابلة هنا يوافقون الشافعية فيما ذهبوا إليه من بطلان هذا البيع . قال ابن قدامة : « وهذا الفصل كله مذهب الشافعي».

(٣)- تبيين الحقائق (٤ / ٢١).

(٤)- انظر : المصدر السابق ، وبدائع الصنائع (٥ / ١٥٧) ، وحاشية ابن عابدين على الدر (٤/ ٦٢٣, ٦٢٤) .

للمشترى لتحقيق رغبته وميوله ، وجهالة المبيع – هنا – مغتفرة ؛ لأنها لا تفضى إلى المنازعة، لتعيين ثمن كل صنف على حدة.

وهكذا فإنه يظهر من تلك الجملة أن هذا الخيار يضيق من دائرة وقوع الضرر على البائع ، وعلى المشترى ؛ إذ إنه شرع« للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق » (١) .

ويظهر هذا الأمر بصورة أكثر وضوحًا فى الخيار التالى : خيار الشرط .

خيار الشرط :

معناه : أن يشترط أحد العاقدين ، أو كلاهما لنفسه، أو لغيره حق فسخ العقد خلال مدة معلومة من الزمن : كأن يقول المشترى للبائع : اشتريت منك هذا الشيء على أنى بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام .

وقد شرع هذا الخيار لأن الحاجة تدعو إليه، فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع إما لعدم الخبرة بحالل السوق ، أو لأنه لم يكن ذا علم تام بصنف المعقود عليه، وقد يريد أن يشاور من يهمه الرضا بالمعقود عليه، فكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشترطًا لنفسه حق الفسخ أمدًا (٢).

---

(١)- تبين الحقائق (٤ / ٢١) ، وانظر في مثل ذلك: بدائع الصنائع (٥ / ١٥٧).

(٢)- ومدة الخيار ثلاثة أيام لا تزيد عنها ، وقد تنقص، وهذا عند أبي حنيفة ، وزفر ، والشافعي ، وقال الصاحبان (محمد بن الحسن ، وأبو يوسف) ، وأحمد بن حنبل : يصح إذ ذكرت مدة معلومة ولو كانت طويلة. وقال مالك : الأصل أنه يكون لثلاث ، ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك : كأن يكون من يريد استشارته في قرية لا يصل ويعود منها في ثلاثة أيام ، ففي هذه الحال يصح الخيار للمدة التي تسع الذهاب والأوبة والاستشارة.

انظر : المبسوط (١٣/ ٤٠) ، وبدائع الصنائع (٥ / ١٧٤) ، والروضة للنووي (٣ / ٤٤) ، والمغني لابن قدامة (٣ / ٤٩٨) . ط : مكتبة القاهرة ، وكشاف القناع (٣ / ٢٠٢) ، والكافي في فقه =

حتى يستطيع أن يدرأ عن نفسه التغرير ومغبته باستشارة أهل الخبرة ، وحتى يضمن رضا من يهمه رضاه ، وبهذا فإنه يظهر أن الحكمة فى شرعية خيار الشرط هى الاستيثاق من الرضا، والتمكين من أسبابه، والاحتياط له بحياطته بكل دواعى العلم ليكون العاقد على بينة تامة، ومعرفة صحيحة بمغانم العقد ومغارمه، فيوازن بين ما يعود عليه من وجوه النفع، وما يغرم فى سبيلها ، فلا يلحقه الضرر.

هذا بخصوص الخيارين الذين مصدرهما العاقدان، وأما بخصوص الخيارين الآخرين اللذين مصدرهما الشارع : **خيار العيب** ، **وخيار الرؤية** فإنه يبين فيهما هذا المعنى : معنى أن الأساس الذى شرع لأجله الخيار هو إزالة الضرر عن العاقدين بأن لا يمضى عليهما عقد لا يرضيانه، فيتضرران به — وذلك على نحو لاخفاء فيه ولا لبس .

فخيار العيب هو أن يكون لأحد العاقدين الحق فى فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب [1] فى أحد البدلين ، ولم يكن معلوماً وقت العقد .

والسبب فى شرعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ للعيب : أن الاطلاع على عيب لم يكن معلومًا وقت العقد دليل على أن الرضا الذى نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح ؛ لأن الرضا بالعقد قام على

=أهل المدينة لأبى عمر بن عبد البر (القسم الثانى / ٣٤٣) ، والشرح الصغير مع بلغة السالك للصاوى (٢ / ٤٧).

(١)- والعيب الذى يثبت هذا الخيار هو الذى يوجب نقصان القيمة عند التجار ؛ لأن التضرر يكون بنقصان المالية ، ومقياس مالية الأشياء هو القيمة ، فكل ما يوجب نقصانًا فيها يوجب نقصانًا فى المالية ، وبهذا النقصان يكون العيب، والمرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة ، فهم الذين يثبتون وجود العيب ، ويقررون مقدار تأثيره فى القيمة، كذلك فإنه لابد أن يكون هذا العيب حادثًا قبل القبض، وأن لا يكون العاقد على علم به ولا يرضى عنه بعد العلم ، وأن لا يكون العاقد صاحب العين المعينة قد شرط البراءة من كل رد بعيب . انظر مثلا بدائع الصنائع (٥ / ٢٧٥).

أساس السلامة من العيوب التى ليست ظاهرة معلومة للعاقدين ، فإن ظهر عيب لم يكن معلومًا فقد انهار الأساس الذى قام عليه الرضا فشرع خيار العيب لتدارك الخلل الذى نال الرضا .

والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من المعقود عليه المعين - الانتفاع به ، وهو لا يكون إلا مع السلامة فكانت مطلوبة ، لأن الانتفاع الكامل مطلوب ، وأن عقود المعاوضات تقوم فى الشريعة على المساواة بين العوضين فى نظر العاقدين ، وتحقيق المساواة فى مقابلة البدل بالبدل ، والسلامة بالسلامة، وقد سلم أحد البدلين ، فوجب أن يسلم الآخر، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد ، ومطلوبة للشارع - أيضًا - لتحقيق المساواة .

من كل هذا يظهر أن الرضا قام على دعامة من السلامة ، وأن تخلفها يحدث خللاً به، والله يقول : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ** [1] ﴾، فإذا لم يتوافر الرضا أو حدث خلل أوجب نقصه أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ [2] ؛ ليتدارك من أمره ما فاته، فلا يلحقه الضرر.

---

(١)- آية (٢٩) سورة النساء.

(٢)- انظر : الملكية ونظرية العقد (٤٠٣) . وخيار العيب يثبت للعاقد الذى دخلت فى ملكه العين المعينة التخيير بين أمرين إما إمضاء العقد، وإما فسخه واسترداد العوض الذى دفعه، وهذا إذا كان الفسخ ممكنًا ، ووجه تخييره بين الفسخ والإمضاء فقط فى حال عدم امتناع الفسخ : أن التضرر يمكن إزالته بالفسخ فيثبت ؛ إذ لو ألزمناه بالعين مع عيبها لكان ذلك ضررًا به، ولا يصح أن يمسكه ويأخذ بدل النقصان ؛ لأنه لا حاجة تضطرنا إلى ذلك ، إذ رفع الظلم ممكن بالفسخ .

أما إذا امتنع الفسخ بزيادة لازمة، أو نقصان فللعلماء فى ذلك تفصيلات كثيرة محلها كتب الفقه .

انظر : الهداية (٣ / ٣٥) ، والدر المختار (٥/ ٥) ، والمهذب (١ / ٣٧٦) ، والروضة (٣ / ٤٦٥) ، والمبدع (٤/ ٨٧) ، والقوانين (٢٢٩، ٢٣٠).

هذا والعقد مع العيب من غير تبيينه غش وتدليس ، والشارع لا يقر الغش والتدليس ، فيجب رفعه وشرع ما يزيله رفعًا للضرر ؛ وذلك بشرع خيار العيب .

وأما **خيار الرؤية** (1) فهو أن يكون للمشترى الحق فى إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد ، أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة .

فسبب هذا الخيار : عدم رؤية محل العقد حين التعاقد أو قبله ، وذلك حتى لايلزمه عقد ويمضى عليه وهو كاره له ، فيتضرر منه .

تلك هى جملة القول فى ثبوت الخيار لأحد العاقدين أو لكليهما ويظهر بها أن مراجعة النظر الفقهى للتصرفات القولية بالحكم بثبوت الخيار يؤدى إلى إزالة الضرر ، وذلك عن طريق حل التصرف الذى إمضاؤه والإلزام به يترتب عليه وقوع الضرر، أو بدفع الغبن باختيار ما يكون الأوفق والأرفق من أحد شيئين أو ثلاثة ، أو بأخذ أرش ما نقص من قيمة المعقود عليه بسبب العيب – كما فى خيار العيب – إذا تعذر الفسخ .

---

(1)- وقد أجازه جمهور الفقهاء (الحنفية ، والمالكية، والحنابلة) وذلك لتجويزهم بيع العين الغائبة بالصفة . قالوا : لأنه قد يحتاج الشخص إلى شراء غائب عنه ، فيجعل له الخيار عند رؤيته دفعًا للضرر عنه حينما يجد المعقود عليه غير موافق لغرضه أو لمقصوده . وقال الشافعية : لا ينعقد بيع الغائب أصلاً : سواء أكان بالصفة، أو بغيرها ، ولا يثبت خيار الرؤية، لأن فى العقد غرراً . انظر : المبسوط (١٣/ ٦٩، وما بعدها) وبدائع الصنائع (٥ / ٢٩٢) ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى (٣ / ٢٥، وما بعدها)، والقوانين (٢٢٠)، والمغنى لابن قدامة (٣ / ٤٩٦) . ط : مكتبة القاهرة، ويسمى الحنابلة هذا الخيار : خيار الخلف فى الصفة .

وانظر فى وجهة الفقه الشافعى : مغنى المحتاج (٢ / ١٨) ، وهذا هو الجديد من المذهب، والقديم كمذهب الجمهور ، وانظر : الروضة (٣ / ٣٧٠ ، وما بعدها) ولأحمد رواية كمذهب الشافعية .انظر : المغنى (٣ / ٤٩٦) . ط: مكتبة القاهرة .

كذلك فإنه يتمثل الجزاء العينى للضرر فى هذا الباب : باب التصرفات القولية – فى الحكم بتعديل الالتزام – المترتب على هذا التصرف – بين طرفى العقد بحيث يكون الغنم بالغرم على وجه التقريب .

٥- تعديل الالتزام المترتب على التصرف القولى :

يراعى الفقه الإسلامى ما يطرأ على الالتزام من حادث يعجز معه العاقد عن إمضاء العقد إلا بتحمل ضرر فاحش ، وخسارة فادحة ، وذلك عن طريق تعديل هذا الالتزام برده إلى الحد المعقول ، فيتوزع الضرر الفاحش على طرفى العقد بحيث يكون الغنم بالغرم فلا يحصل غبن ولا ظلم ، وفى هذا قدر كبير من تقليل المضار وتخفيف آثارها .

ويظهر ذلك بوضوح فى تقرير المذهبين : المالكى والحنبلى لمبدأ وضع الجوائح والذى سبق أن عرض له البحث تفصيلا ، فهذا المبدأ بمثابة إتاحة الفرصة لتعديل الالتزام برده إلى الحد المعقول حيث يتعادل العوضان : الثمن ، والمثمن(أى : المبيع)، أو يتقاربان، فيكون الغنم بالغرم، ويتوزع الضرر الحادث بسبب الجائحة على العاقدين ، فيسهل احتماله ، ويرتفع الإرهاق الذى هو الضرر الفاحش ، والخسارة الفادحة عن المشتري.

تلك هى صور الجزاء العينى للضرر – فى باب التصرفات القولية – التى تستفاد من مراجعة النظر الفقهى لما ينشأ عن التصرفات من التزام، وذلك على نحو ما عرض له ، ونتناول فيما يلى جزاء عينيا آخر للضرر فى هذا الباب، وهو الجزاء المتمثل فى أن يجبر الإنسان على التصرف القولى الذى امتناعه عنه يترتب عليه وقوع الضرر

ثانياً : الجزاء العينى المتمثل فى الإجبار على التصرف القولى :

توجد فى الفقه الإسلامى فروع تطبيقية تدل على أنه من صور الجزاء

العينى للضرر فى باب التصرفات القولية هذه الصورة : أن يجبر الإنسان على التصرف القولى الذى يؤدى امتناعه عنه إلى لحوق الضرر ، ومن ذلك : إجبار المحتكر على بيع ما فضل عن قوته وقوت أهله بسعر المثل .

وتفصيل وجهات مذاهب الفقه الإسلامى بهذا الخصوص على النحو التالى :

أ- قال الحنفية : يؤمر المحتكر من القاضى ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله، فإن لم يفعل ، وأصر على الاحتكار ، ورفع أمره إلى الحاكم مرة أخرى وهو مصر عليه، وعظه الحاكم وهدده، فإن لم يفعل ورفع إليه أمره للمرة الثالثة حبسه وعزره ؛ زجراً له عن سوء صنعه ، ويجبره القاضى على البيع، ويبيعه القاضى عليه جبراً عنه إذا امتنع، وهذا بالاتفاق بين الحنفية على الصحيح ، ويكون البيع بسعر المثل [١] .

وتعليل ذلك - كما فى حاشية رد المحتار- : « لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام ، وهذا - أى : البيع على المحتكر جبراً عنه - كذلك » [٢] . فهذا الجبر على البيع يندفع به الضرر العام الواقع بالناس نتيجة الاحتكار .

ب- وكذلك قال المالكية ، ففى المنتقى : أنه يباع الشيء المحتكر للمحتاج إليه بمثل ما اشترى به، لا يزاد عنه شيء، فإن لم يعلم ثمنه، فبسعره يوم احتكاره. قال ابن حبيب : « فإن أبى من ذلك يخرج من يده إلى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن ، فإن لم يعلم ثمنه فبسعره يوم

---

(١)- حاشية رد المحتار على الدر المختار (٦ / ٤٢٢) ، وبدائع الصنائع (٥ / ١٢٩) ، وتبيين الحقائق (٦ / ٢٧).

(٢)- حاشية رد المحتار (٦ / ٤٢٢).

احتكاره، ووجه ذلك : أنه لما كان هذا الواجب عليه فلم يفعله أجبر عليه، وصرف الحق لمستحقه » [١] .

جـ- أما الشافعية فيرون أن الأولى : أن يبيع المحتكر ما فضل عن كفايته، لا أنه يجبر على ذلك.

قال في مغنى المحتاج :« ويحرم الاحتكار للتضييق على الناس... ، وفى كراهة إمساك ما فضل عن كفايته وكفاية عياله سنة وجهان ، أوجههما : عدم الكراهة ، لكن الأولى بيعه كما صرح به في أصل الروضة » [٢] .

على أننا نجد المتأخرين من فقهائهم يصرحون في كتبهم بأنه يجبر المحتكر على بيع ما زاد على قوته سنة إذا احتاج الناس إليه .

جاء في حاشية قليوبى على شرح الجلال المحلى للمنهاج : « ومما يجب - أى : على المحتكر - بيع مازاد على قوته سنة إذا احتاج الناس إليه، ويجبره الحاكم عليه » [٣] .

د- وأما الحنابلة فمذهبهم أنه يجبر المحتكر على بيع ما احتكر ، وذلك كما يبيع الناس دفعًا للضرر، فإن أبى وخيف التلف فرقه الإمام على المحتاجين إليه، ويردون مثله عند زوال الحاجة ، ويتوجه قيمته .

قال في كشاف القناع : « ويجبر المحتكر على بيعه - أى الطعام - كما يبيع الناس؛ دفعًا للضرر ، فإن أبى أن يبيع ما احتكره من الطعام ،

---

(١)- المنتقى شرح الموطأ (٥ / ١٧) . وقال في القوانين (ص ٢٢٠) : « واختلف هل يجبر الناس في الغلاء على إخراج الطعام أم لا ».

(٢)- مغني المحتاج (٢ / ٣٨) ، وانظر : الروضة (٣ / ٤١٣).

(٣)- (٢/ ١٨٦).

وخيف التلف بحبسه عن الناس ، فرقه الإمام على الناس ، ويردون مثله عند زوال الحاجة» [1] .

هـ- وكذلك قال الزيدية ، ففي البحر الزخار : أنه يجبر المحتكر على البيع [2] .

والحاصل من مجموع ما ذكر : أن أكثر مذاهب الفقه الإسلامى على أنه يجبر محتكر الطعام على بيعه للمحتاج إليه بسعر المثل رفعًا للضرر العام الواقع بالناس نتيجة الاحتكار .

وبناء عليه فإنه يظهر أن الضرر يزال فى باب التصرفات القولية عن طريق الإجبار على التصرف الذى يؤدى الامتناع عنه إلى وقوع الضرر .

وننتقل بعد ذلك إلى حيث الجزاء العينى المتمثل فى المنع (أى : الحرمان) من التصرف القولى الذى يؤدى إلى وقوع الضرر .

ثالثًا : الجزاء العينى المتمثل فى المنع من التصرف القولى :

يمنع الفقه الإسلامى من التصرف القولى الذى يؤدى إلى وقوع الضرر بالمتصرف وبمن تعلقت به مصالحهم ، فيحجر على هذا المتصرف ويمنع من نفاذ تصرفه حماية له من لحوق الضرر به ، وللآخرين كذلك .

ونستطيع أن نلحظ هذا الأمر بوضوح من خلال ذلك الفرع التطبيقى : الحجر على السفيه .

وتفصيل القول فى ذلك على النحو التالي :

---

(١)- (٣/ ١٨٨) ، وانظر : الفروع (٤ / ٥٤).

(٢)- (٤/ ٣١٩).

أ- معنى الحجر :

الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ، بحيث إنه لو تصرف منع حكم تصرفه هذا ، فلا ينفذ عليه شيء منه ولا يلزمه ؛ وذلك لحظ نفسه حماية له من الضرر ، وللآخرين الذين تتعلق مصالحهم به .

ب - معنى السفيه :

السفيه هو العامل بخلاف موجب الشرع ، واتباع الهوى ، ومَنْ عادته التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض ، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضًا : مثل الدَّفْع إلى المغنيين ، واللعابين ، والغبن في التجارات من غير محمدة ، وتبذير المال كما يكون في الشر بأن يجمع أهل الشرب والفسق في داره ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم ، كذلك يكون في الخير بأن يصرف جميع ماله في بناء المسجد ، وأشباه ذلك [١] .

والحاصل أن السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل .

جـ- وجهات مذاهب الفقه بخصوص الحجر على السفيه :

ابتداء فإنه يقال : إن الشخص إما أن يبلغ سفيهًا ، وإما أنه قد يطرأ

---

(١)- انظر : مجلة الأحكام العدلية م (٩٤١) ، م (٩٤٦) ، والفتاوى الهندية (٥ / ٥٤، ٥٥) ، وحاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٦ / ١٥١، وما بعدها) ، والشرح الصغير (٢ / ١٤٢) ، والكافي في فقه أهل المدينة (القسم الثاني / ٤٢٣) ، والقوانين (٢٧٥) ، والمغني (٤ / ٣٤٣، ٣٤٤). ط: مكتبة القاهرة ، وكشاف القناع (٣ / ٤٤٥).

وانظر : الروضة للنووي (٤ / ١٨٠) . والشافعية لا يجعلون الإسراف في وجوه البر سفهًا .

عليه السفه بعد بلوغه راشداً، فهاتان صورتان يُصوَّرُ بهما هذا الفرع في كتب الفقه ، والبحث يعرض فيما يلي لكل منهما :

١- من بلغ سفيها :

اتفق الفقهاء على أن الصبى إذا بلغ سفيهًا يمنع عنه ماله ، وأنه لا تصح منه العقود التي هي مظنة الضرر المالي : كالبيع ، والشراء ، والإعتاق، والكتابة، والهبة ..، ويظل تحت ولاية وليه ؛ لقوله– تعالى – : ﴿ **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا** ﴾[١] . ويبقى هذا المنع أبداً عند الجمهور (المالكية ، والشافعية، والحنابلة ، والصاحبين: محمد وأبى يوسف)[٢] حتى يتحقق رشده ؛ لقوله – تعالى –: ﴿ **فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُم** ﴾[٣] .

وقال أبوحنيفة – رحمه الله تعالى – : تنتهى فترة منع ماله عنه ببلوغه خمسًا وعشرين سنة[٤] ؛ لأن هذه السن – غالبًا – يتحقق فيها الرشد ، فإن لم يرشد لا ينتظر منه رشد بعدئذ .

٢- من بلغ رشيداً ثم صارسفيهاً :

قال جمهور الفقهاء (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ،

---

(١)- آية (٥) سورة النساء.

(٢)- انظر : الشرح الصغير (٢/ ١٣٨) ،والروضة (٤/ ١٨١). وللشافعية وجه شاذ أنه يحجر عليه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة. وانظر : كشاف القناع(٣ / ٤٤٣) ، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار (٦ / ١٥٩).

(٣)- آية (٦) سورة النساء .

(٤)- حاشية ابن عابدين على الدر (٦/ ١٥٩).

والصاحبان)[1] : يجوز الحجر على من طرأ عليه السفه بعد البلوغ راشداً ؛ رعاية لمصلحته، ومحافظة على ماله ، حتى لا يكون عالة على غيره، ويكون حكمه حكم الصبى المميز فى التصرفات ؛ إلا أن الحجر على السفيه فى هذه الحالة يكون بحكم قضائى بالتثبت من السفه أو التبذير ، ومنعًا من إلحاق الضرر بمن يتعامل مع السفيه بغير بينة وتحقق من حاله .

والحجر فى هذه الحالة محصور فى التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل : كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، أما التصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل : كالزواج، والطلاق، والرجعة، والخلع ، فلا يحجر عليه بالإجماع .

وهكذا فإنه يكون قد اتضح أن الفقه الإسلامى يمنع من التصرف القولى الذى يؤدى إلى وقوع الضرر : كأن يكون المتصرف سفيهًا ، وذلك بحيث لو تصرف السفيه فإنه لا ينفذ عليه تصرفه ولا يلزمه حماية له من الضرر ولمن تعلقت مصالحهم به، وهذا وفق ما أشير إليه مما ذكره الفقهاء .

تلك هى خاتمة القول بخصوص هذا الفرع ، وبها يكون البحث قد فرغ من الكلام عن الجزاء العينى للضرر موضوع هذا المبحث ، وننتقل الآن إلى الجزاء التعويضى للضرر، والذى يفرد له البحث الصفحات التالية .

****

---

(١)- القوانين (٢٧٥)، والكافى (٤٢٣) ، والروضة (٤/ ١٨٢) ، والمغنى (٤ / ٣٥٢) . ط:مكتبة القاهرة ، وحاشية رد المحتار على الدر (٦/ ١٥٧). وبقول الصاحبين يفتى فى المذهب صيانة للمال .

أما أبو حنيفة - رحمه الله - فلا يجيز الحجر عليه ؛ لأنه حر فى تصرفاته ، والحجر ينافى الحرية ، وفيه إهدار لإنسانيته وكرامته. انظر : حاشية رد المحتار على الدر (٦/ ١٥٦) .

المبحث الثاني

إزالة الضرر بالضمان (أو الجزاء التعويضي للضرر)

رأينا في المبحث السابق أن الضرر إذا وقع كان على المتسبب فيه تداركه بالإزالة ؛ لأن الضرر يزال كما هي قاعدة الشريعة .

فإذا لم تمكن إزالة الضرر عينًا بأن كان الواقع منه لا يرتفع فإنه يتدارك هذا الضرر عن طريق التعويض المالى العادل ، على أن سببه يقطع منعًا لاستمراره فى المستقبل .

وهذا التعويض يعبر عنه فى لسان الفقهاء بالضمان ، فلفظ الضمان هو التعبير الشائع فى لسان فقهاء الشريعة للدلالة على ما يلتزمه الإنسان فى ذمته من المال المثلي، أو النقود فى معظم الحالات الموجبة لثبوت المال فى الذمة : كالغصب، والإتلاف(١) .

إذًا فالفقه الإسلامى ينظر إلى محدث الضرر – الذى لم يمكن رفعه – على أنه مسئول تجاه المضرور بضمان هذا الضرر، وذلك وفق قواعد محددة لتلك المسئولية نشير إليها فى المطالب التالية :

*** المطلب الأول : فى المباشرة والتسبب ومسئولية كل منهما :**

الضرر الواقع فى الوجود – والذى تعتبره الشريعة بناء على ما سبق من الضوابط – إما أن يكون بالمباشرة . أى : يكون نتيجة اتصال آلة التلف بمحله(٢) ، وإما أن يكون بالتسبب . أى : يكون « نتيجة إحداث أمر فى

---

(١)- انظر : الفعل الضار والضمان فيه للشيخ الزرقا، بدائع الصنائع (٧/ ١٥٠، ١٦٤، وما بعدها)، وبداية المجتهد لابن رشد (٢ / ٣٤٨)، والروضة (٥ / ٣، ومابعدها) ، والمغني لابن قدامة (٥ / ١٧٧ ، وما بعدها) . ط : مكتبة القاهرة.

(٢)- انظر : بدائع الصنائع (٧/ ١٦٥) ، ومجلة الأحكام العدلية م (٨٨٧) شرح سليم باز رستم =

شيء يفضى إلى تلف شيء آخر فى جرى العادة » [١] ، أو بتعبير آخر : يكون بفعل « ما يفضى - عادة - إلى الإتلاف دون أن يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه »[٢] .

فإذا كان الضرر الواقع نتيجة المباشرة لزم الضمان المباشر، وإذا كان نتيجة التسبب لزم الضمان المتسبب .

وهنا فإنه يلاحظ أن عبارة « فى جرى العادة » - الواردة فيما ذكر من تعريف التسبب- يمكن أن تفسر بأنها العادة المطردة التى لا تتخلف، أو أنها العادة الأغلبية التى يحتمل أن تتخلف .

ويظهر الفرق بين المعنيين : معنى العادة التى لا تتخلف، ومعنى العادة الأغلبية التى يحتمل أن تتخلف - فى تلك الأمثلة التى أوردتها مجلة الأحكام العدلية، والتى منها : « أن من قطع حبل قنديل معلق . . ، يكون قد أتلف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل تسبباً » [٣] .

ففى هذا المثال نلاحظ أن تخلف الضرر (سقوط القنديل) ما دام غير محتمل ، فإنه يكون قطع الحبل فى حكم المباشرة لكسر القنديل .

= (١ / ٤٨٨) ، والفروق للقرافي (٤ / ٢٧) ففيهما أن المباشرة : أن لا يتخلل (يتوسط) بين فعل المباشر ووقوع الضرر فعل آخر . وانظر : الروضة للنووي (٥ / ٤) ، والمغني (٥ / ٢٢٧) . ط : مكتبة القاهرة . ونص علي ذلك في شرح المجلة لعلي حيدر م (٩٠) جـ١ / ٩٠ .

(١)- هكذا عرفته مجلة الأحكام العدلية م (٨٨٨) ، وانظر : بدائع الصنائع (٧ / ١٦٥) ، وغمز عيون البصائر (١ / ٤٦٦) .

(٢)- هكذا عرفته مجلة الأحكام الحنبلية لأحمد القاري م (١٣٧٧) تبعًا للمغني لابن قدامة . مطبوعات تهامة - جدة (١٤٠١هـ ، ١٩٨١ م) تحقيق : عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي . وانظر : المغني (٥ / ٢٢٧) . ط : القاهرة .
وقد تقدم تفصيل القول بخصوص تعريف المباشرة والتسبب في مبحث «الضرر في باب الجنايات» .

(٣)- انظر : الفعل الضار والضمان فيه ص٧١ ، ومجلة الأحكام العدلية م (٨٨٨). وانظر : المغني لابن قدامة (٥/ ٢٢٦). ط : القاهرة.

ومثل ذلك إذا شق شخص زقًا فيه زيت مائع فسال فتلف، فإن الشق إتلاف للزق بالمباشرة، وإتلاف للزيت بالتسبب، لكن الأولى أن يقال : إن سيلانه طبيعة له لا تتخلف عند ارتفاع المانع، فكان الشق كحكم المباشرة لإتلاف الزيت .

فحالات التسبب هذه التي لا يتخلف فيها الضرر يتفق الفقهاء على أنه يلزم الضمان المتسبب [1] .

وهذا بخلاف حالات التسبب التي يكون فيها تخلف الضرر محتملاً ، فالفقهاء يختلفون في ضمان المتسبب ، فأبو حنيفة وأبو يوسف لا يثبتون – حينئذ– ضمانًا ، بينما محمد، ومالك ، وأحمد يثبتون الضمان، وللشافعي تفصيل، وذلك كما لو كان في الزق سمن جامد فأذابته حرارة الشمس ، فسال فتلف، فهذا تسبب بإتلاف السمن . ومثله ما لو فتح شخص باب قفص فطار منه الطائر وضاع ، فهذا تسبب في ضياع الطائر ؛ لأن طيرانه من القفص ليس طبيعة لا تتخلف، بل قد يطير أحيانًا ، وقد يرجع بعد أن يطير [2] .

والراجح دون تردد القول بتضمين المتسبب في جميع الأحوال (سواء أكان تخلف الضرر محتملاً، أم غير محتمل) ما دام الضرر الواقع بهذا التسبب تعتبره الشريعة، وذلك وفق ما أشير إليه من الضوابط [3] .

---

(١)- انظر : بدائع الصنائع (٧/ ١٦٦)، والفروق للقرافي (٤ / ٢٧، ٢٨) ، والروضة (٥ / ٤) ، والمغنى لابن قدامة (٥ / ٢٢٦) . ط : القاهرة.

(٢)- انظر : بدائع الصنائع (٧/ ١٦٦) ، والفروق للقرافي (٤ / ٢٧) ، وبداية المجتهد (٢/ ٣٤٨) والقوانين (٢٨٤)، والمغنى (٥/ ٢٢٦) . وقال النووى فى الروضة (٥/ ٥) : إنه لو «فتح قفصًا عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه ، فإن لم يزد على الفتح، فثلاثة أقوال ، أظهرها : إن طار فى الحال ضمن ، وإلا فلا ، والثانى : يضمن مطلقًا ، والثالث : لا يضمن مطلقًا » . ثم ذكر– رحمه الله – ما جمع من فتاوى القفال تفريعًا على وجوب الضمان إذا طار فى الحال . فانظره .

(٣)- انظر : الفعل الضار والضمان فيه (٧٥).

ويؤيد من هذا قضاء عمر وعلى - رضى الله عنهما - ، فقد نقل الشيرازى فى المهذب: أن امرأة ذكرت عند سيدنا عمر - رضى الله عنه - بسوء ، فأرسل إليها ففزعت، وضربها الطلق، وهى فى طريقها إليه، فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر الصحابة، فقال بعضهم : ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ، لكن سيدنا عليًا - كرم الله وجهه - قال : إن ديته عليك ؛ لأنك أفزعتها فألقت، فأمر عمر عليا أن يقسم عقله على قريش. أى : أن يقسم دية الجنين على عاقلة عمر ، وهى قريش (١) .

وقد نص الشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) فى هذا المثال على وجوب الضمان . هذا مع ملاحظة ما يلى :

أ- أنه لو فزعت المرأة فماتت لم تضمن ؛ لأن ذلك ليس سببًا لهلاكها فى العادة(٤) ، وهذا معناه : أن الضرر الذى يسأل عنه المتسبب هو الضرر المعتاد دون الاستثنائى ، أو النادر.

لكن نص الحنابلة على أن الضرر النادر إن كان يعلمه المتسبب فإنه يضمنه ؛ وقد أورد ابن النجار مثالاً على ذلك ، فقال : كما « لو ماتت حامل ، أو حملها من ريح طعام ونحوه : ضمن إن علم ربه ذلك عادة »(٥) ، ولعل هذا فى رائحة طعام خاص ، أو صناعة معينة تمتد رائحتها إلى الجوار.

---

(١)- أخرجه البيهقى فى سننه (٨ / ٣٢٢)، وعبد الرزاق فى مصنفه (٩ / ٤٥٨).

(٢)- انظر : المهذب (٢/ ٢٤٧).

(٣)- انظر منتهى الإرادات لابن النجار (٢ / ٤٢٧). ط : مكتبة دار العروبة - القاهرة ١٣٨١ هـ ١٩٦١ م ، وانظر : المغنى لابن قدامة (٨/ ٤٣٢) . ط : مكتبة القاهرة.

(٤)- المهذب (٢ / ٢٤٧).

(٥)- منتهى الإرادات (٢ / ٤٢٧) ، والفقه الشافعى قريب من هذا. انظر : حاشية البجيرمى على الخطيب (٣/ ١٩٧، ١٩٨).

ب- أنه يضمن السلطان لو طلب المرأة ابتداء ، لكن لو طلبها باستعداء إنسان ضمن المستعدى ما كان بسببه [١] .

ويلحق بالسلطان في وجوب الضمان كل طالب له سطوة . قال البهوتي : إن « تصويرهم المسألة بطلب السلطان قد يقتضي اشتراط كون الطالب مرهوبًا ، فإن كان غير مرهوب ، فلا ضمان ..، والأظهر : لحوق القاضي، وكذا من له سطوة فى ذلك بالإمام ..، وينبغى للحاكم أن يسأل هل هى حامل قبل أن يطلبها ، ولم أر من يفعله ، وهو حسن » [٢] .

هذا ويلاحظ أن كون حصول الضرر معتاداً أو غير معتاد هو أمر واقعى وليس شرعيًا ، ويعود تقديره إلى الخبراء ، فلو أكد – مثلاً – أطباء ثقات بأمراض النساء أن أمراً معيناً قد يؤدى أو لا يؤدى عادة إلى إسقاط الجنين ، فالعبرة لقولهم [٣] .

والإضرار بالتسبب قد يكون **بالفعل** ، أو **بعدم الفعل** ، أو **بالتقصير** :

فمثال **التسبب بالفعل** : ما لو حفر بئراً فى طريق لغير مصلحة المسلمين ، أو فى ملك غيره بغير إذنه ، أو وضع فى ذلك حجراً ، أو

---

(١)- وقد علق - بحق - على هذا الشيخ مصطفى الزرقا بقوله : ونرى أن يقيد هذا بما إذا تبين بهتان المستعدى ؛ لأن مجرد رفع الدعوى هو حق أساسى وسبيل لا يمكن سده شرعًا فى وجه أحد يريد التظلم واللجوء إلى سلطة العدالة بحجة أنه يؤدى إلى فزع المدعى عليه ، ولا يمكن تحميل المدعى فى اللجوء إليه كلفة مالية إلا إذا تبين أنه مبطل . انظر : الفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا (ص ٧٦) ، وانظر : المغنى لابن قدامة (٨/ ٤٣٣).ط:القاهرة.

(٢)- منتهى الإرادات لابن النجار (٢ / ٤٢٧) . ط : مكتبة دار العروبة - القاهرة .

(٣)- الفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا (٧٥، ٧٦).

حديدة، أو صب فيه ماء ، أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه،وهلك فيه إنسان ، أو دابة ، فإن يضمن ذلك[١] .

ومثال التسبب **بعدم الفعل** ما ذكره التسولى فى « البهجة شرح التحفة » من أنه لو أصيبت شاة فأراد صاحبها ذبحها قبل أن تموت ولا مدية معه، وكان مع غيره مدية فطلبها من صاحبها ، فامتنع عن إعطائه حتى ماتت الشاة ، يكون صاحب المدية ضامنًا قيمة الشاة ؛ لأنه امتنع عن بذل واجب ، وتسبب بامتناعه فى تلف الشاة . وكذا ما ذكره التسولى - أيضًا- من أن القاضى إذا أرسل العون (الجلواز) ليطلب من المدعى عليه الحضور إلى مجلس القضاء فامتنع من الحضور ، فإنه ينظر : إن كان المدعى هو الذى دفع أجرة العون(الجلواز) ليحضر الخصم بأمر القاضى فامتنع عن الحضور يكون الخصم ضامنًا أجرة العون ؛ لأنه قد تسبب بامتناعه هذا فى إتلاف الأجرة وضياعها على المدعي[٢].

ومثال التسبب **بالتقصير** ما ذكره الشافعية و الحنابلة : ما لو سلم رجل ولده الصغير إلى سباح ليعلمه السباحة فغرق الولد، فإن السباح يكون مسئولا (والضمان على عاقلته) ؛ لأنه تسلم الولد ليحتاط فى حفظه ، فكان غرقه دليلاً على تقصيره وتفريطه فى حفظه[٣] .

---

(١)- انظر : المغنى لابن قدامة (٨/ ٤٢٣) ، والقوانين (٢٨٤).

(٢)- انظر : البهجة شرح التحفة للتسولى (١/ ٣٦) . ومن أبرز أمثلة التسبب بعدم الفعل أن من اضطر إلى طعام أو شراب غيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه فى تلك الحال، فمات المضطر بذلك المنع ، ضمنه المطلوب منه. انظر : المغنى لابن قدامة (٨ / ٤٣٣) ، وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك فى فصل ضوابط الضرر.

(٣)- انظر : المهذب (٢ / ٢٤٦) ، والمغنى لابن قدامة (٨ / ٤٣١) .

وبهذا نكون قد فرغنا من تعريف المباشرة والتسبب وبيان صورهما، وأنه يكـون المباشـر مسـئولاً عن مـباشـرته فـيضـمن مـا تولد عنهـا من ضـرر، وكـذلك المتسـبب فـإنه يكـون مسـئولاً عن تسـببـه ويضـمن مـا تولد عنه من ضرر.

فأما إذا اجتمع المباشر والمتسبب فإلى أيهما يضاف الضمان ؟ هذا ما سنعرض له فيما يلي:

*** المطلب الثاني : اجتماع المباشرة والتسبب :**

من قواعد الفقه الإسلامى المعروفة لدى المشتغلين به أنه « إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[١] . يعنى : أنه يقدم المباشر فى الضمان عن المتسبب، وذلك مثل : مالو حفر رجل بئرًا فى الطريق العام فالقى أحد حيوان شخص فى ذلك البئر ضمن الذى ألقى الحيوان ، ولا شيء على حافر البئر ؛ لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ، ولو لم ينضم إليه فعل المباشر – وهو إلقاء الحيوان فى البئر – لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط؛ ولأن كل حكم يثبت بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الذى وجد منهما أخيرًا .

فبما أن فعل الإلقاء هو الوصف الأخير فقد أضيف الحكم إليه[٢] .

---

(١)- انظر :الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦٣) ، ومجلة الأحكام العدلية م (٩٠) ، والأشباه والنظائر للسيوطى (١٧٩)، والفروق للقرافى (٤ / ٢٧، ٢٨) ، والروضة للنووى (٩/ ١٣٣) ، والقواعد لابن رجب (٢٨٥) .

(٢)- انظرشرح مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر م (٩٠) . وهذا ما نص عليه فى الولوالجية. ويقال كذلك : إن الحكم بالضمان يضاف إلى المباشر لا المتسبب ؛ لأن الأصل فى الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة، لا إلى أسبابها الموصلة ؛ لأن العلل أقوى وأقرب ؛ إذ إن المتسبب هو الذي=

لكن المتأمل فى إطلاق هذه القاعدة ، والمتتبع لآراء المذاهب فى فروع الأحكام التى يجتمع فيها متسبب ومباشر يرى عدداً من القيود والاستثناءات التى ترد عليها فيتقدم المتسبب فى الضمان عن المباشر، وذلك بالنظر إلى نصوص الشريعة الأصلية ومقاصدها فى العدل والإنصاف وميزان الأولويات عند تداخل الأسباب المؤدية إلى الضرر.

فهناك بعض قيود ألقيت فى بعض المذاهب على نص القاعدة وألحقت بالقاعدة نفسها[1] ، كما أن « هناك قيوداً تطبيقية تضمنتها الشروح ، ويتجلى فيها المنطق الشرعى والتفقه الدقيق، ورعاية الملابسات الخاصة فى بعض المسائل ، وإعطاؤها ما تقتضيه من أحكام استثنائية من المبدأ العام توجبها تلك الملابسات »[2] .

ونعرض الآن لعدد من الفروع الفقهية – فى المذاهب الأربعة – والتى هى بمثابة الاستثناء الوارد على القاعدة السابقة حيث إنه تقدم المتسبب عن المباشر بأن أضيف الحكم إليه والتزم بمسئولية الضمان تجاه المضرور.

أولاً : فى المذهب الحنفى :

ذكر ابن نجيم فى الأشباه بعد أن نص على قاعدة « إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر » – أنه يخرج عنها استثناء من حكمها

= تخلل بين فعله والأثر المترتب عليه – من تلف أو غيره – فعل فاعل مختار ، والمباشر هو الذي يحصل الأثر بفعله من غير أن يتخلل بينهما فعل فاعل مختار ؛ فكان أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب، وبالجملة فإنه إذا وجدت العلة وعلة العلة ، فإن الحكم يضاف إلي العلة لا إلي علة العلة .
انظر : حاشية الرملي علي جامع الفصولين (فصل ٣٣/ جـ٢ / ٩٠)، وشرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقا (٣٧٩).

(١)- انظر : القواعد لابن رجب (٢٨٥) ، وانظر :الروضة (٩/ ١٣٣، وما بعدها) .

(٢)- انظر : الفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا (٨٤).

العام مسائل، منها : ما لو دل الوديع (حافظ الوديعة) سارقا على الوديعة فسرقها ، فإن الوديع يضمنها على أنه متسبب، والسارق مباشر[١] . وتعليل هذا الاستثناء : أن الوديع قد أخل بالحفظ الذى التزمه بعقد الوديعة . أى : أنه خان الأمانة ، فكان متسببا خائناً .

وهذا بخلاف ما لو دل شخص سارقًا على مال إنسان فسرقه ، فلا ضمان على الدال المتسبب، بل على السارق المباشر[٢] .

مسألة ثانية : لو قوم شهود الوقف (أى : خبراء التقويم) أموال اليتامى والأوقاف بغبن فاحش، أو غبنوا الوقف في الاستبدال ، وهم يعلمون بذلك ، فإنهم يضمنون النقص [٣] . هذا على أنهم متسببون فى غبن الوقف ، والمباشر هو القاضى الذى أمر بالاستبدال، فيكون المتسبب قد تقدم على المباشر فى الضمان .

مسألة ثالثة : لو قال رجل لأهل السوق : بايعوا ابنى هذا فقد أذنت له بالتجارة، ثم ظهر أنه ابن الغير، فإن أهل السوق يرجعون على الرجل بما تضرروا [٤] . هذا على أن الرجل متسبب ، وابن الغير مباشر.

مسألة رابعة : مالو أمر أحد غيره، أو استأجره للحفر فى جدار دار وهو ساكن فيها ، وهى لغيره، لكن المأمور لا يعلم ، فضمن المالك الحافر ، فإنه يرجع بما ضمن على الآمر ؛ لأنه غره بأمر صحيح فى ظن المأمور ، وإن لم يكن صحيحا فى الواقع [٥] .

---

(١)- انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٦٣) ، وغمز عيون البصائر (١/ ٤٦٦) .

(٢)- المصدر السابق .

(٣)- انظر : حاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار (٦ / ٣٢٩) .

(٤)- المصدر السابق (٥/ ١٥٢).

(٥)- انظر : حاشية رد المحتار على الدر المختار (٦ / ٢٢٨) . نقله عن التاترخانية .

ومثل هذا : مالو أمره أن يذبح له هذه الشاة، وكانت لغيره دون علم المأمور ، فإنه لو ضمن المالك الذابح، فله أن يرجع بما ضمن على الآمر[١] .

مسألة خامسة : إذا أتلف أحد مالاً مغصوباً في يد غاصبه، كان المالك بالخيار في تضمين أي منهما شاء ، مع أن المتلف هو المباشر، لكن لم ينحصر فيه الضمان ، بل شمل المتسبب – أيضاً – في وقت واحد[٢] .

ويصرح الحنفية – تتمة لهذا – بأنه إذا اختار المالك تضمين الغاصب، يثبت لهذا حق الرجوع على المتلف ؛ لأن الغاصب لما ضمن صار مالكًا للمغصوب ملكا مستنداً إلى وقت الغصب، فيكون المتلف قد أتلف له ملكًا [٣] .

---

(١)- انظر : حاشية رد المحتار (٦/ ٢٢٨).

وقد علق الشيخ مصطفى الزرقا على ذلك بأنه يلاحظ – هنا – كما في المسألة الثالثة : أن أمر المغرر (بالكسر) بمبايعة الولد ، أو الحفر في الجدار، أو ذبح الشاة – هو أمر صحيح في ظن المأمور (أي : وإن لم يكن صحيحًا في الواقع) ؛ ولهذا حق للمأمور المغرور – مع أنه مباشر للضرر – أن يعود على الآمر المغرر مع أن هذا ليس إلا متسببًا .

كذلك فإنه يلاحظ في هذا التغرير القولي : أن القول المغرر قد صدر عمن من شأنه أن يعتمد قوله ويصح في ظن المغرور وزعمه، وإن لم يكن صحيحًا في الواقع .

وهذا معناه : أنه لو كان المأمور عالمًا بعدم صحة الأمر ، أو لم تكن قرائن الحال، أو عبارة الأمر دالة على صحة الأمر : كما لو قال : احفر هذا الجدار ولم يكن ساكنًا في الدار، أو لم يقل إنها ملكه ، فإنه لا يرجع على الآمر بشيء.

وأيضًا فإنه يلاحظ : أن التغرير القولي في هاتين المسألتين : الثالثة ، والرابعة – متصل بعقد كما يشترط فيه الفقهاء، لكن الضرر وقع على شخص ثالث غير المتعاقدين (كما في المسألة الرابعة) ، أو هو وقع على أحد المتعاقدين لكن الغار غير متعاقد (كما في المسألة الثالثة) .

هذا وإن دعوى الضمان في المذهب الحنفي تكون على المباشر صح الأمر (من الغار) أو لم يصح ، فإن صح الأمر، رجع المباشر على الآمر، وإن لم يصح فلا رجوع .

وأخيراً فإنه يلاحظ أن هذه المسألة الرابعة – مع أنها تصوير للتغرير – تصلح مثالاً للمباشرة المبنية على التسبب. انظر : الفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا ، وشرح القواعد الفقهية (٣٧٦) شرح القاعدة الثامنة والثمانين .

(٢)- انظر : المادة (٩١٢) من مجلة الأحكام العدلية شرح سليم باز رستم (١ / ٥٠٨) ، وحاشية رد المحتار (٦ / ٢٠٩ ، ٢١٠) .

(٣)- السابق .

وبهذا نكون قد وقفنا على جملة من الفروع الفقهية فى المذهب الحنفى تؤكد من تلك الوجهة : أنه يقدم المتسبب فى الضمان عن المباشر فى بعض الحالات استثناء من القاعدة العامة، وننتقل بعد ذلك إلى حيث المذهب المالكى لنطالع فيه مثل ذلك .

ثانيًا : المذهب المالكى :

ذكر التسولى فى « البهجة » : أن « المشهور فى الغرور بالقول عدم الضمان مالم ينضم إليه عقد، كما لو أكرى خابية عالمًا بكسرها لمن يعمل فيها زيتًا ، فإنه يضمنه » (١) .

ففى هذا المثال : أنه على المكرى التزام برد الأجرة لعدم صلاحية المأجور لاستيفاء المنفعة منه ، وهذا التزام عقدي.

وأنه – أيضًا– عليه ضمان الزيت الذى تسبب فى تلفه دون المباشر الذى وقع الإتلاف بمباشرته ؛ لأن هذا الضمان ناشيء عن فعله الضار.

وفى نوازل سحنون سئل عن رجل من العمال أكره رجلاً أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعًا يدفعه إليه ، فأخرجه إليه ، ودفعه له ، ثم عزل ذلك العامل الغاصب ؟ قال : فللمغصوب منه طلب ماله ممن شاء منهما، فإن أخذه من المباشر فله الرجوع على من أكرهه ، هذا مع أن المكره (بالكسر) متسبب وليس مباشرًا (٢) .

---

(١)- البهجة شرح التحفة للتسولى (٢ / ٢٨٤) . وقد فرق المصنف بين بيع الخابية المكسورة وكرائها، ففى البيع لا يضمن ما تلف من الزيت بالتسرب ، وعلل ذلك بأن «المنافع فى ضمان المكرى حتى يستوفيها المكترى بخلاف البيع»، وقد علق على ذلك الشيخ الزرقا - بحق - بأنه تفريق غير ظاهر ، وكذا التعليل ؛ لأن المبيع يضمن فيه البائع(بحكم الشرع دون شرط) سلامة المبيع ، ويكون مسئولاً بالعيب، فبإخفائه العيب يكون متسببا فى ضياع الزيت غاراً للمشترى ، وكذا الأمر فى الإجارة ، فينبغى وحدة الحكم فيهما، وهو الضمان بالتسبب. انظر : الفعل الضار (٨٨) .

(٢)- انظر : المواق مع الحطاب (٥ / ٢٨٦) .

كذلك فإن المالكية مذهبهم فى الإكراه على إتلاف مال الغير : أنه إذا كان المستكره (المباشر للإتلاف) عديمًا ، فالضمان على الذى أكرهه (المكره المتسبب) ، وأنه لا رجوع له على الفاعل إذا أيسر[1] .

والمذهب - أيضًا- : أنه لو أكل إنسان طعامًا مغصوبًا جاهلاً أنه مغصوب ، فإن الغاصب هو الذى يضمن ؛ لتسببه بهذا الإتلاف، وذلك مالم يكن عديمًا أو لم يقدر على تغريمه، فعندئذ يكون الضامن هو المباشر[2] .

ففى هذا : أنه يقدم المتسبب على المباشر فى الضمان ؛ لكون المباشر معذوراً بالجهل ، والمتسبب متعديًا ظالمًا.

فهذه بعض فروع فقهية قضى فيها المالكية بتقديم المتسبب عن المباشر فى إضافة الحكم بالضمان إليه ، وذلك مما يؤكد صواب القول بأن التسبب يقدم فى الضمان عن المباشرة فى بعض الحالات استثناء من القاعدة العامة، وننتقل بعد هذا إلى حيث المذهب الشافعى ؛ لنطالع فيه شيئًا من هذا .

ثالثًا : المذهب الشافعى :

قال السيوطى فى الأشباه والنظائر : إنه « إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة . .، لكن يستثنى من القاعدة صور منها : إذا غصب شاة وأمر قصابًا بذبحها ، وهو جاهل بالحال فقرار الضمان على

---

(١)- انظر : المواق مع الحطاب (٥ / ٢٨٦، ٢٨٧) ، والشرح الكبير (٣ / ٤٤٤) ، والشرح الصغير (٢ / ٢١١)، وجواهر الإكليل للآبي (٢ / ١٤٨) ، والخرشي (٦ / ١٣٢) .

(٢)- انظر : جواهر الإكليل (٢ / ١٤٨) .

الغاصب قطعًا، قاله في «الروضة» ، ومنها : إذا استأجر لحمل طعام فسلمه زائدًا ، فحمله المؤجر جاهلاً ، فقتلت الدابة، ضمنها المستأجر في الأصح ، ومنها : إذا أفتاه أهل للفتوى بإتلاف ثم تبين خطؤه، فالضمان على المفتي، ومنها : قتل الجلاد بأمر الإمام ظلمًا وهو جاهل ، فالضمان على الإمام ، ومنها : وقف ضيعة على قوم ، فصرفت غلتها إليهم، فخرجت مستحقة ، ضمن الواقف لتغريره» [١] .

فالقصاب ، والمؤجر ، والمستفتى ، والجلاد ، والموقوف عليهم مع أنهم مباشرون لم يضمنوا، والغاصب الآمر ، والمستأجر الذى سلم الطعام زائدًا ، والمفتى الذى أخطأ، والإمام الظالم ، والواقف المغرر على أنهم متسببون أضيف الحكم بالضمان إليهم .

وجاء في « المهذب » أن المذهب : أن من أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما، وماتا، وجب على الذى أركبهما دية كل واحد منهما[٢] ، هذا على أنه متسبب، وهما مباشران ؛ ذلك أن مسئولية الصغير المباشر مسئولية ضعيفة فى هذه الحال، فتنتقل إلى الكبير المتسبب (وهو من أركب) الذى تعدى بأن أركب الصبيين ولا ولاية له عليهما ، وقصر فى أن يحوطهما بالحفظ من الاصطدام .

وعند الشافعية – أيضًا – أنه : إن شهد اثنان على رجل بالقتل فقتل قصاصًا بشهادتهما بغير حق، ثم رجعا عن الشهادة –كان حكمهما فى الدية حكم الشريكين[٣] . هذا على أنهما متسببان، ومن باشر القتل

---

(١)- الأشباه والنظائر للسيوطى (١٧٩) .

(٢)- المهذب للشيرازى (٢/ ٢٤٩) .

(٣)- انظر : المصدر السابق (٢/ ٢٤٦) .

غيرهما ؛ ذلك أن مباشرة القتل قصاصًا - هنا - كانت مبنية على هذا التسبب .

والحاصل : أنه يكون التسبب مقدمًا عن المباشرة في إضافة الحكم بالضمان إليه في بعض الأحوال- في مذهب الشافعية - استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بتقديم المباشرة .

والبحث ينتقل بعد هذا إلى حيث الفقه الحنبلي ؛ لنطالع وجهته بهذا الخصوص .

رابعًا : الفقه الحنبلي :

نص ابن رجب الحنبلي في كتاب « القواعد »[1] - فيما إذا اجتمع في الإضرار بالأموال، أو الأنفس مباشرة وسبب (تسبُّب) - على « تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب ، وناشئة عنه . . .، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان ، فالأقسام ثلاثة »[2] .

وقد عرض ابن رجب لبعض الفروع التي تمثل تقدم المتسبب المتعدي - في إضافة الحكم بالضمان إليه - عن المباشر غير المتعدي ، والبحث يورد منها ما يلي :

---

(١)- انظر :كتاب القواعد (٢٨٥) ، القاعدة السابعة والعشرين بعد المائة.

(٢)- القواعد الفقهية (٥ ٢٨).

أ- إذا قدم إليه طعاماً مسموماً عالمًا به، فأكله وهو لا يعلم ، فالقاتل هو المقدم ، وعليه القصاص أو الدية .هذا مع أن مباشر الأكل هو الضحية .

ب-لو قتل الحاكم شخصًا حداً، أوقصاصاً بشهادة ، ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب ، فالضمان والقود عليهم دون الحاكم . هذا مع أن الحاكم أو منفذ الحكم هو المباشر، والشهود متسببون ذلك أن المباشرة - هنا - مبنية على السبب، ولا عدوان فيها ؛ إذ إن الحاكم قد استوثق من عدالة الشهود بحسب ظاهرحالهم .

جـ- المكرَه (بالفتح) على إتلاف مال الغير، الراجح فى مذهب أحمد : أن للمستحق مطالبته (أى : مطالبة من باشر الإتلاف مكرهاً) ، ويرجع به على المكره (بالكسر)؛ لأنه - يعنى المكره - معذور فى ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان[1] .

وهذا معناه : أن المكرِه يقدم فى الضمان - مع أنه متسبب - على المكره مع أنه مباشر .

وجملة هذا : أنه يكون التسبب - فى المذهب الحنبلى - مقدماً على المباشرة فى إضافة الحكم بالضمان إليه فى بعض الأحوال استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بتقديم المباشرة .

---

(١)- القواعد لابن رجب (٢٨٥ ، ٢٨٦).

* **خلاصة ما سبق :**

بعد هذا العرض والاستقراء لتلك الفروع التطبيقية من مذاهب الفقه، يمكن القول بأن المتسبب يكون أولى من المباشر بتحمل مسئولية الضرر، ومن ثم يكون أولى بإضافة الحكم بالضمان إليه، هكذا استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن المباشر أولي،وذلك كما في الأحوال التالية :

– إذا كانت المباشرة مبنية على التسبب (كما في رجوع الشهود) .

– إذا توافر سوء القصد في المتسبب دون المباشر (كما في خلط السم بالطعام) .

– إذا كان التسبب من قبيل التغرير بالمباشر ، وكان هذا (أي : المباشر) معذوراً في اغتراره .

–إذا لابس التسبب ما يقتضي تشديد مسئولية المتسبب كالخيانة مثلا (كما لو دل الوديع سارقًا على الوديعة) أو لابس المباشرة ما يقتضي تخفيف مسئولية المباشر : كنقص الأهلية ، أوكون التسبب هو الدافع (كما في إركاب الصبيين) .

– إذا تعذر تضمين المباشر (كما في تقديم الطعام المغصوب للجاهل به) .

–إذا كان التسبب بطريق الإكراه للمباشر[1] .

---

(١)- ويلاحظ في هذا الحكم هذا القدر من الخلاف بين المذاهب، بل حتى في المذهب الواحد : هل يضمن المباشر المكره ؟ أو أن الذي يضمن هو المتسبب المكره ؟ أو أنهما يضمنان معًا ؟ وقد سبق تفصيل القول بخصوص ذلك عند الحديث عن الإكراه.

وبهذا فإنه يكون البحث قد فرغ من الحديث عن هذا المطلب : مطلب اجتماع المباشرة والتسبب وإلى أيهما يضاف الضمان ، ونتحول الآن إلى الحديث عن حالة اشتراك المتسبب والمباشر فى الضمان ؛ لاشتراكهما فى المسئولية ، وذلك من خلال هذا المطلب التالى :

* المطلب الثالث : اشتراك المتسبب والمباشر فى الضمان .

عرفنا مما سبق أن الأصل تقديم المباشر عن المتسبب فى الضمان عند اجتماعهما ؛ لأن المباشرة أرجح من التسبب، وأنه إذا كان التسبب أقوى من المباشرة قدم المتسبب عن المباشر فى إضافة الحكم بالضمان إليه خلافًا للأصل.

ونتحدث – هنا – عن اشتراك المتسبب مع المباشر مع الضمان، وذلك إذا كان السبب معادلاً (أى : مساويًا) للمباشرة فى التأثير : بأن كان من شأنه أن يعمل منفردًا فى الإتلاف، فيكون الإتلاف مضافا إليهما معًا، ومن ثم يضاف الحكم بالضمان إليهما .

وقد عبر الفقهاء عن هذا بقولهم إن « المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئًا لا يعمل بانفراده فى الإتلاف : كما فى الحفر مع الإلقاء، فإن الحفر لا يعمل شيئا بدون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان » [1] .

ومن تطبيقات ذلك فى الفقه الحنفى : أنه إذا كان اثنان مع دابة : بأن كان أحدهما سائقًا ، والآخر راكبًا ، فوطئت الدابة شيئًا فأتلفته ،

---

(١)- تبيين الحقائق للزيلعى (٦/ ١٥٠) ، وانظر : حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (٦/ ٦٤٥) ، وانظر : القواعد لابن رجب (٢٨٥).

فإنهما يشتركان فى الضمان[١] . هذا على أن السائق متسبب، والراكب مباشر ؛ لأن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب .

وكذلك إذا نخس شخص دابة بأمر راكبها فوطئت فى فورها - الذى نخسها فيه - شيئًا فأتلفته ، فالضمان عليهما ؛ لأن سيرها فى تلك الحال مضاف إليهما ؛ إذ الناخس سائق ، والآمر راكب[٢] .

ومن تطبيقات ذلك فى الفقه المالكى : أنه إذا حفر إنسان بئرًا لإتلاف حيوان معين ، فرداه فيها غيره ، فإن الحافر المتسبب، والمردى المباشر يشتركان فى الضمان فى القول المعتمد[٣] .

ومن تطبيقات ذلك فى الفقه الشافعى : الإكراه على القتل .

قال النووى فى الروضة : « أما إذا اجتمع السبب والمباشرة فهو ثلاثة أضرب ، أحدها : أن يغلب السبب المباشرة (كمسألة رجوع الشهود) ، والضرب الثانى : أن يصير السبب مغلوبا ، بأن رماه من شاهق فتلقاه رجل بسيف فقده نصفين ..، فالقصاص على القاد ، ولا شيء على الملقى ...، والضرب الثالث (وهو موضع الاستدلال هنا) : أن يعتدل السبب والمباشرة : كالإكراه ، فإذا أكره على القتل ، وجب القصاص على الآمر، وفى المأمور قولان ، أظهرهما : وجوب القصاص أيضًا ؛ لأنه آثم بالاتفاق ..، وسواء فى جريان القولين كان المكره سلطانا أو متغلبًا ...، فإن

---

(١)- تبين الحقائق للزيلعى ، وانظر : حاشية رد المحتار (٦ / ٦٤٥) ، والعناية على الهداية مع تكملة فتح القدير (١٠/ ٣٢٨).

(٢) - انظر : تبين الحقائق (٦ / ١٥٠) ، وحاشية رد المحتار (٦ / ٦٤٥ ، ٦٤٩) ، والعناية (١٠ / ٣٢٨).

(٣)- انظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣ / ٤٤٤ ، ٤٤٥) ، والخرشي (٦ / ١٣٢) ، وجواهر الإكليل (٢ / ٢٥٧).

أوجبنا القصاص ، فآل الأمر إلى الدية ، فهى عليهما كالشريكين ، وللولى أن يقتص من أحدهما ، ويأخذ نصف الدية من الآخر »[١] .

فهذا ظاهر فى الدلالة على اشتراك المتسبب (المكرِه) مع المباشر (المكرَه) فى إضافة الحكم بالقصاص ، أو الدية إليهما ؛ ذلك أن السبب كان معادلاً (أى : مساويًا) للمباشرة فى التأثير .

وقد أفاض ابن رجب الحنبلى فى كتابه « القواعد » فى ذكر الفروع الفقهية التى تؤكد من اشتراك المتسبب مع المباشر فى الضمان ، وذلك بأن تكون المباشرة مبنية على هذا التسبب وناشئة عنه وفيها عدوان .

والبحث يشير - فيما يلى - إلى بعض هذه الفروع ، فمن ذلك :

- المكرَه على القتل ، فالمذهب اشتراك المكرِه (وهو متسبب) والمكرَه (وهو مباشر) فى القود والضمان ؛ لأن الإكراه ليس بعذر فى القتل .

قال ابن رجب : « ذكر القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى باب الرهن : أن أبا بكر ذكر أن القود على المكرَه المباشر ، ولم يذكر على المكرِه قودًا . قالا : والمذهب وجوبه عليهما كما نص عليه أحمد فى الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد »[٢] .

- ومثل هذا : الممسك مع القاتل ؛ فإنهما يشتركان فى الضمان والقود على إحدى الروايتين[٣] . هذا مع أن الممسك متسبب ، والقاتل

---

(١)- الروضة (٩ / ١٣٣ : ١٣٥).

(٢)- انظر : القواعد (٢٨٧).

(٣)- المصدر السابق (٢٨٨) .

مباشر ؛ ذلك أن فعل القتل وقع نتيجة هذين الفعلين مجتمعين : الإمساك (وهو تسبب) ، والقتل (وهو مباشرة) ، ولولا هذا الإمساك لما أمكن القاتل فعل القتل بالمقتول .

– فرع ثان : لو دل المودع لصا على الوديعة فسرقها ، فالضمان عليهما ، ذكره القاضي وغيره[1] . هذا مع أن المودع متسبب ، واللص مباشر ؛ وذلك لأن فعل السرقة وقع نتيجة مجموع هذين الفعلين : دلالة المودع ، وسرقة اللص ، ولولا هذه الدلالة لما أمكن السارق فعل السرقة ، فأضيف الحكم بالضمان إليهما جميعا .

– ومثل هذا : لو دل المحرم محرما آخر على صيد فقتله [2] .

– فرع ثالث : لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد ، وتمكن من إرساله فلم يفعله حتى قتله محرم آخر ، ففيه احتمالان ، ذكرهما القاضي في « المجرد » ، أحدهما : الضمان على القاتل ؛ لأنه مباشر ، والأول متسبب غير ملجيء .

والثاني : الضمان عليهما ، على الأول (الممسك) باليد (بالتسبب) ، وعلى الثاني بالمباشرة [3] .

قال ابن رجب : « ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلف عينا في يد من هي مضمونة عليه باليد . هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد ؟ أو يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف ؟

---

(١)- انظر : القواعد (٢٨٨) .
(٢)- المصدر السابق .
(٣)- انظر : القواعد (٢٨٨) .

وفرض القاضي في كتاب « كتاب التخريج » مسالة الصيد في حالين: صاد أحدهما في الحرم صيداً ، فقتله الآخر فيه ، وذكر أن عليهما جزاءين كاملين ، أحدهما على القاتل بقتله ، والآخر على الممسك لتلفه في يده قبل إرساله ، ثم يرجع الذي في يده على القاتل بما غرمه ؛ لأنه قرر عليه ضمانا كان قادرا على التخلص منه بالإرسال ، وصرح في أثناء المسألة بأن المغصوب إذا أتلفه متلف في يد الغاصب كان المالك مخيراً في المطالبة لمن شاء منهما »[1] .

وهكذا فإنه يظهر من جملة هذا الذي ذكر في الفروع الفقهية للمذاهب المختلفة : اشتراك المتسبب مع المباشر في الضمان ، إذا كان السبب معادلا (أي : مساويا) للمباشرة في التأثير ، بأن كان من شأنه أن يعمل منفرداً في الإتلاف ، فيكون الإتلاف مضافا إليهما معًا (يعني إلى المباشرة ، والتسبب) ، ومن ثمَّ يضاف الحكم بالضمان إليهما .

ومثل هذا يكون فيما لو كانت المباشرة مبنية على التسبب وناشئة عنه ، وفيها عدوان ، فإنه يكون وقوع فعل الإتلاف نتيجة لمجموع فعلى المباشرة والتسبب ، ومن ثم فإن الحكم بالضمان يضاف إلى المباشر والمتسبب جميعا .

وبهذا فإنه يكون قد اتضح لنا أن الأصل : تقديم المباشر عن المتسبب - في إضافة الحكم بالضمان إليه - عند اجتماعهما ؛ لأن المباشرة - كما ذكر - أرجح من التسبب .

---

(١)- القواعد (٢٨٨) .

فإذا كان التسبب أقوى من المباشرة قدم المتسبب عن المباشر فى إضافة الحكم بالضمان إليه خلافا للأصل .

وهذا بخلاف ما إذا تعادل التسبب والمباشرة ، وتساوى أثرهما ، فإنه يكون الحكم بالضمان مضافا إليهما معا (أى : إلى المباشر ، والمتسبب) .

وينتقل البحث بعد هذا إلى الحديث عن المشتركين – من نوع واحد – فى إحداث الضرر ، سواء كانوا مباشرين ، أم متسببين .

*** المطلب الرابع : الاشتراك فى إحداث الضرر سواء أكان اشتراك مباشرة أم تسبب :**

قد يشترك الناس فى ارتكاب الضرر ، فإذا كان عمل المشتركين فى الضرر لا من نوع واحد بأن كان بعضهم من نوع المباشر ، والبعض الآخر من نوع المتسبب – فقد سبق الحديث عن ذلك فى المطلبين : الثانى ، والثالث .

أما إذا كان عمل المشتركين فى الضرر من نوع واحد بأن كانوا جميعا مباشرين ، أو كانوا جميعا متسببين ، فالضمان عليهم بالاشتراك .

وفى هذا يقول ابن قدامة : « وإن اشترك جماعة فى عدوان فتلف به شيء ، فالضمان عليهم » (١) .

ويؤكد الكاسانى من هذا ، وذلك حيث يقول : « وإن كانوا جميعا يسوقون (يعنى : دابة) فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا ؛ لوجود التسبب منهم جميعا » (٢) .

---

(١)- المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (٩/ ٥٦٥).
(٢)- بدائع الصنائع (٧/ ٢٨٠).

ومن أشهر الفروع التطبيقية على ذلك فى كتب الفقه هذا الفرع : أن تقتل الجماعة بالواحد .

وجملة القول بخصوص هذا الفرع : أن الجماعة إذا قتلوا واحدا ، فعلى كل واحد منهم القصاص ، إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، والمغيرة بن شعبة ، وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، وأبو سلمة ، وعطاء، وقتادة(١) ، وهو مذهب أبى حنيفة(٢) ، ومالك(٣) ، والشافعي(٤) ، وأحمد(٥) ، وهو مذهب الثورى ، والأوزاعي(٦) .

وكذلك يكون الحكم فى إتلاف المال ، فلو اشترك اثنان أو أكثر فى إتلاف مال أو قتل حيوان لغيرهم وجب الضمان عليهم بالاشتراك(٧) .

جاء في القواعد الفقهية : أنه إذا تسبب جماعة فى حفر بئر فى الطريق عدوانا ، فوقعت فيها دابة لغيرهم كان الضمان عليهم(٨) .

---

(١)- انظر : المغنى لابن قدامة (٩/ ٣٦٦).

(٢)- انظر : فتح القدير (١٠ / ٢٤٣) ، وانظر : العناية (١٠/ ٢٤٣) ، وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى (١٠ / ٢٤٣) المطبوعين مع الفتح .
وانظر : حاشية رد المحتار مع الدر المختار (٦ / ٥٩٢) ، وبدائع الصنائع (٧/ ٢٣٩) .

(٣)- انظر : جواهر الإكليل (٢ / ٢٥٧).

(٤)- انظر: الروضة (٩/ ١٥٩) .

(٥)- انظر : المغنى (٩/ ٣٦٦) .

(٦) المصدر السابق .

(٧)- هذا ويختلف الضمان فى الجناية على المال عنه فى الجناية على البدن ، ففى ضمان جناية المال يشترك الجميع فى ضمان قيمة الشيء التالف ؛ لأنه جبر للتلف قصد به إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، لكن فى الجناية على البدن - فى حال القصاص - يقتص من كل واحد من المشتركين ؛ لأنه عقوبة .

(٨)- انظر : القواعد الفقهية (٢ / ٣٨) .

وهذا بخلاف ما لو اشترك اثنان فى إتلاف مال أحدهما ، أو قتل حيوانه ، فإنه يسقط من الضمان ما يقابل فعل الإتلاف الصادر عن صاحب الحق ، ويجب على الآخر من الضمان قسطه(1).

ومجموع هذا الذى ذكر يدل على أن المشتركين فى إحداث الضرر – سواء كانوا من نوع المباشرين أم من نوع المتسببين – يشتركون فى الضمان، فإذا كان الاشتراك فى إتلاف مال أحدهم ، فيسقط من الضمان ما يقابل فعل الإتلاف الصادر عن صاحب الحق ، ويضمن الآخرون قسطهم .

*** المطلب الخامس : تعدد الأسباب :**

أما إذا كانت الأسباب المنتجة للضرر متعددة (مختلفة) لا أنها واحدة ، فإنه ينظر إلى أسبقها فى إحداث الضرر ، فيضاف الحكم بالضمان إلى المتسبب فيه . هذا إذا كانت هذه الأسباب عند اجتماعها متساوية فى القوة .

أما إذا كانت متفاوتة فى القوة فإننا نجد أن الفقهاء يعتمدون السبب الأقوى ، فيوجبون الضمان على المتسبب فيه ، وذلك بقطع النظر عن السبب الأسبق فى إحداث الضرر .

وتفصيل ذلك وفق ما يلى :

١– يتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا اجتمع سببان مختلفان ، وكانا مرتبين ، وتلف بهما شيء – أن يضاف الحكم بالضمان إلى صاحب أسبق

---

(١)– وللعلماء فى ذلك تفصيلات عديدة ، فمثلا : لو جلس أحد على ثوب غيره أو وطئ نعله ، وحصل التلف بفعل مشترك بينه وبين صاحبه، فذهب الحنفية، والشافعية ، والحنابلة إلى أنه يضمن النصف، وذهب المالكية إلى عدم الضمان فى الثوب ، واختلفوا فى النعل .

انظر : مجمع الضمانات (١٥٢). وجامع الفصولين (٢ / ٨٩) ، ومجلة الأحكام العدلية مادة (٩١٥) ، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى (٣ / ٤٥١) ، ومغنى المحتاج (٤ / ٩٠) ، ونهاية المحتاج (٨ / ٣٩).

السببين فى إحداث الضرر ، فلو حفر شخص بئرًا فى الطريق بغير إذن الحاكم ، أو فى ملك الغير بغير إذنه (أى : عدوانًا) ، وجاء شخص آخر فوضع بعد ذلك حجرًا إلى جانب تلك البئر ، فعثرت دابة بالحجر ، ووقعت فى البئر ، فالضمان على واضع الحجر ؛ لأنه بمنزلة الدافع ، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده ، وإن تأخر وضع الحجر عن الحفر . هذا إذا كانا متعديين ، فلو كان أحدهما فى ملكه ، فالضمان على الآخر؛ لاختصاصه بالعدوان [(١)] .

وهكذا يكون الحكم – أيضا – لو تقدمت جناية الحفر : كما لو نصب شخص سكينا فى قعر البئر ، فسقط فيها حيوان – مثلا – من غير عثار ، فأصابه السكين فمات فالضمان على الحافر لا على ناصب السكين[(٢)] ؛ لأن الحفر أسبق السببين فى إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع على السكين ، فهو بمثابة الدافع [(٣)] .

٢– إذا تفاوت السببان فى القوة ، فإنه يعتد بالسبب الأقوى ، فيضاف الحكم بالضمان إلى المتسبب فيه ، هذا بقطع النظر عن السبب السابق منهما ، ومن ذلك : أنه لو كانت دابة مقيدة فى حظيرة ، وبابها مغلق ، فجاء رجل فحل قيدها ، ثم جاء رجل آخر وفتح الباب ، ففرت

---

(١)- انظر للحنفية : مجمع الضمانات (١٨٠) ، وللشافعية : الروضة (٩/ ٣٢٤) ، وللحنابلة : المغنى لابن قدامة (٩/ ٥٦٥) ، وللزيدية : البحر الزخار (٦/ ٢٤٤) ، وللإمامية : شرائع الإسلام (٤ / ٢٥٧، ٢٥٨).

(٢)- وقال بعض الزيدية :الضمان على ناصب السكين ؛ لأنه مات به، فهو كالمباشر . انظر : البحر الزخار (٦/ ٢٤٥).

(٣) - انظر : الوجيز للغزالى (٢ / ١٥٠)، وشرائع الإسلام (٤/ ٢٥٨) ، والمغنى لابن قدامة (٩ / ٥٦٦) . قال ابن قدامة : قال ابن حامد الضمان على الحافر ؛ لأنه بمنزلة الدافع ، وهذا هو قياس المسائل ...، ونص أحمد – رحمه الله – على أن الضمان عليهما ، قال أبو بكر : لأنهما فى معنى الممسك والقاتل ، الحافر كالممسك ، وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن الضمان يجب على جميع المتسببين.

الدابة ، فالضمان على الفاتح ؛ لأن فتح الباب أقوى للفرار ؛ إذ الحيوان يفر إذا وجد الباب مفتوحًا ، ولا يستطيع الفرار إذا كان غير مقيد والحظيرة مغلقة[1] .

ولو كان الحيوان مقيداً ، فحل قيده شخص ، أو كان الطائر فى القفص ، ففتح الباب أحد ، وبقى الحيوان والطائر ، كل فى مكانه حتى جاء آخر ، ونفرهما ، فالضمان على المنفر وحده ؛ لأن سببه أخص وأقوي[2] ، فاختص الضمان به .

وبهذا فإنه يكون البحث قد فرغ من الحديث عمن يلزمهم الضمان ، ونتحدث فيما يلى عن الواجب بالضمان ، وذلك من خلال هذا المطلب :

*** المطلب السادس : الواجب بالضمان :**

الضرر الموجب للضمان إما أن يكون ماديا متعلقا بالنفوس والأموال، وإما أن يكون معنويًا (أدبيًا) متعلقا بالمشاعر والعواطف .

١ – فإن كان الضرر **ماديًا متعلقا بالنفوس** فإن الواجب بالضمان يتمثل فيما تقرر بالشرع من مقادير الديات، والأروش المقدرة[3] ، أو فيما تقرره حكومة العدل فى الأروش غير المقدرة .

---

(١)- انظر : جامع الفصولين (٢ / ٨٤).

(٢)- انظر : المغني لابن قدامة (٥ / ٢٢٦) . ط : القاهرة . وقد اعتبر ابن رجب الحنبلي – في كتابه القواعد – هذا من اجتماع المباشرة والتسبب، وأن المنفر مباشر . انظر : القواعد (٢٨٥).

(٣)- جمع أرش . وهو : اسم للمال الواجب بالجناية علي ما دون النفس.

انظر : التعريفات للجرجاني الحنفي (ص ١١) ، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦ / ٦١١) .

ومن الأروش المقدرة : أرش الموضحة (الشجة في الرأس أو الوجه تصل إلى العظم) قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن أرش الموضحة مقدر بخمس من الإبل، ومن ذلك أيضًا: أرش الهاشمة (التي تهشم العظم) فهو مقدر بعشر من الإبل . انظر : مثلا كتاب الديات من المغني لابن قدامة (٩ / ٦٤٠ ، وما بعدها).

وهذه الحكومة يتقدر بها الواجب بالضمان على هذا النحو : أن يقوَّم المجنى عليه – من قبل أهل الخبرة والاختصاص – كأنه عبد لاجناية به، ثم يقوم وهى به قد برئت ، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية : كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون فيه عشر ديته .

قال ابن قدامة : هذا قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم خلافًا ، قال ابن المنذر : « كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة : أن يقال إذا أصيب الإنسان بجرح لا عقل له معلوم : كم قيمة هذا المجروح لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح ؟ فإذا قيل مائة دينار ، قيل : وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح، وانتهى برؤه ؟ قيل : خمسة وتسعون ، فالذى يجب على الجانى نصف عشر الدية، وإن قالوا : تسعون ، فعشر الدية ، وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال » [1] ؛ وإنما كان كذلك ؛ لأن جملته مضمونة بالدية ، فأجزاؤه مضمونة منها .

٢– وإن كان الضرر **ماديًا متعلقا بالأموال** فالواجب بالضمان المثل إن كان المال مثليًا ، أو القيمة إن كان المال قيميًا .

وتفصيل القول فى ذلك وفق ما يلى :

---

(١)- المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير (٩/ ٦٦٠) ، وانظر : القوانين (ص ٣٠٠)، ومغني المحتاج (٤ / ٧٧) ، وحاشية رد المحتار مع الدر المختار (٦ / ٦٢٠) ، وشرائع الإسلام(٤ / ٢٧٩)، والبحر الزخار (٦ / ٢٨٢).

(أ)- ضمان المثلى :

يتفق جمهور العلماء على أن الواجب بالضمان – فيما لو كان الضرر ماديًا متعلقا بالأموال – هو المثل ، إذا كان المال من المثليات .

وتعرف المادة (١٤٥) من مجلة الأحكام العدلية المال المثلى بأنه « ما يوجد مثله فى السوق بدون تفاوت يعتد به » ، وتوضيح هذا التعريف فى المادة (١١١٩) من المجلة نفسها ، حيث جاء فيها « المكيلات ، والموزونات، والعدديات المتقاربة : كالجوز ، والبيض – كلها مثليات ، لكن الموزونات المختلفة باختلاف الصنعة : كالآنية المشغولة باليد قيمية ، وكذلك كل مثلى خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز : كحنطة خلطت بشعير ... ، أما المذروعات التى تباع كل ذراع بكذا ، ولا تفاوت بين أفرادها : الجوخ من جنس واحد ، والأقمشة من مصنوعات المعامل فمثلية ، والعدديات المتفاوتة التى يوجد بين أفرادها تفاوت بالقيمة: كالحيوانات ، والبطيخ الأخضر والأصفر قيمية ، وكتب الخط قيمية ، وكتب الطبع مثلية »[١] .

ويعلل الفقهاء لوجوب المثل : بأن رد العين (أى : إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الضرر)هو الموجب الأصلى ؛ لأنه أكمل وأعدل فى رد الصورة والمعنى ؛ ورد المثل والقيمة مخلص يصار إليه عند تعذر رد العين ، فإن كان المال من ذوات الأمثال ، فإنه يجب فى ضمانه مثله ؛ لأن حق

---

(١)- وانظر في تفصيل ذلك : حاشية رد المحتار (٦ / ١٩٦) ، والقوانين (٢ ٢٨) والروضة للنووي (٥/ ١٨، ١٩) ، والمغني لابن قدامة (٥ / ١٧٧ ، ١٧٨) . ط القاهرة ، والبحر الزخار (٥ / ١٧٥) وشرائع الإسلام (٣ / ٢٣٩) .

المالك – كما تقرر – ثابت فى الصورة والمعنى ، وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل ، ولا ريب أن مثل الشيء أقرب إليه من غيره ، واسمه ينبيء عن ذلك ، وحيث تعذرت العين ، وجب المصير إلى الأقرب ؛ لأنه أتم وأقرب إلى رد العين الذى هو الأصل من القيمة ، فإيجابه (أى : المثل) أولى منها (أى : من القيمة) لمماثلته له من طريق الصورة ، والمشاهدة ، والمعنى ؛ ولأن المثل أعدل ، وأتم فى جبر الفائت ، وأدفع للضرر ؛ لما فيه من مراعاة الجنس والمالية ؛ ولقيامه مقامه من جميع الوجوه والأغراض ، فإن الأعيان إذا تساوت فى قدر المالية والأوصاف وجميع الأغراض ، ولا التفات إلى تغير العين ، فإنه لا يتعلق بها غرض عاقل بعد الفوات (١) .

هذا إذا لم يكن المثلى فيه صنعة ، فأما إذا كان مما فيه صناعة « كمعمول الحديد ، والنحاس ، والرصاص من الأوانى ، والآلات ونحوها ، والحلى من الذهب والفضة ، وشبهه ، والمنسوج من الحرير ، والكتان ، والقطن ، والصوف ، والشعر ، والمغزول من ذلك » فإنه يضمن بقيمته ؛ لأن الصناعة تؤثر فى قيمته ، وهى مختلفة ، فالقيمة فيه أحصر ، فأشبه غير المكيل والموزون (٢) ، وذهب البعض إلى أنه يضمن الوزن بمثله ، والصنعة بقيمتها من نقد البلد ، وإن كان من جنس الحلى ، ولا ربا فى ذلك لأنه مختص بالعقود ، وما هنا بدل متلف ، وهو ليس مضموناً بعقد، وهذا القول هو المعتمد عند الشافعية (٣) ، وذلك فيما لو كانت الصنعة مباحة .

---

(١)- انظر : البحر الرائق (٥ / ٢٢٣) ، وبدائع الصنائع (٧ / ١٥٠، ١٥١) ، والمغني لابن قدامة (٥ / ١٧٧) ط : القاهرة ، وقواعد الأحكام (١ / ١٨٠) ، والفروق (١ / ٢١٤).

(٢)- المغني لابن قدامة (٥ / ١٧٨) . ط: القاهرة.

(٣)- انظر : مغني المحتاج (٢/ ٣٨٢).

فإن كانت الصنعة محرمة : كالأوانى من أحد النقدين ، وحلى الرجال ، فإنه يضمن بمثله وزنًا بقطع النظر عن الصنعة ؛ لأن صناعته محرمة لا قيمة لها شرعًا (١) .

ويخرج عما قاله الفقهاء من ضمان المثل بمثله : ما لو تعذر الحصول على المثلى بأن لم يوجد بمحل الضرر ، ولا حوله فيما دون مسافة القصر ، أو وجد ولكن منعه من الوصول إليه مانع فيلزمه القيمة ؛ لأنه لما تعذر الحصول عليه أشبه ما لا مثل له (٢) .

ولصاحب المال أن يصبر حتى يوجد المثل ، ولا يكلف بأخذ القيمة ، لأنها لم تتعين ، ولكن لو أخذ القيمة لعدم وجود المثل ، ثم وجد المثل ، فليس لأحدهما طلب للرد فى الأصح ؛ لتمام الحكم بالبدل الحقيقى ، وهو المعتمد (٣) .

ومثل هذا يكون : فيما لو عدم المثل إلا بالأكثر من ثمن المثل ، فإنه يضمن قيمته ؛ لأن وجوده بأكثر من ثمن مثله كانعدامه (٤) .

ومن ذلك – أيضًا – : ما إذا خرج المثلى عن أن تكون له قيمة : كمن أتلف ماء بمفازة ، أو غصبه من صاحبه ، ثم اجتمعا بمحل لا قيمة للماء فيه حيث كان اجتماعهما على شط نهر ، أو بلد كثير الماء ، فإنه يلزمه قيمته فى مثل تلك المفازة ؛ لئلا يضيع على مالكه قيمته ، بخلاف

---

(١)- انظر: المغني لابن قدامة (٥ / ١٧٩) . ط : القاهرة ، ومغني المحتاج (٢ / ٢٨٣) ، وشرائع الإسلام (٣ / ٢٤٠).

(٢)- انظر : مغني المحتاج (٢ / ٢٨٣).

(٣)- السابق، وانظر : البحر الزخار (٥ / ١١٧٥) ، والروضة (٥ / ٢١).

(٤)- انظر : مغني المحتاج (٢ / ٢٨٢) ، والوجيز (١ / ٢٠٩).

ما إذا بقيت له قيمة ؛ لأن الأصل المثل ، فلا يعدل عنه إلا حيث زالت ماليته من أصلها .

وكذلك نظائره ، فلو أتلف شخص ثلجًا في الصيف ، أو غصبه من صاحبه ، ثم اجتمعا في الشتاء ، فإنه يلزمه قيمته بمحل التلف(١) .

ومثل هذا يكون : فيما لو غصب مثليًا له مؤنة : كأن نقل المالك برًا من مصر إلى مكة ، ثم غصبه شخص هناك ، ثم طالبه مالكه به في مصر، فإنه يلزمه قيمته بمكة ، لأجل المؤنة (٢) .

وأيضا فمن هذا : ما لو تراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل ، جاز في أحد الوجهين عند الشافعية ، قطع به المتولي وهو المعتمد ، كما رجحه ابن المقري ، فعلى هذا لا يتعين ضمان المثلي بالمثل إلا إذا لم يرض مالكه بأخذ القيمة (٣) .

ومنه كذلك : ما لو صار المثلي متقومًا ، كما لو غصب إنسان دقيقًا وجعله خبزًا ، ثم تلف عنده ، فإنه يضمن المثل سواء ساوت قيمته ما صار إليه أم لا ، إلا أن تكون قيمة ما صار إليه أكثر ، فيضمن القيمة التي صار إليها ، وهو محل الاستثناء (٤) .

ومثل هذا يكون : فيما لو أتلف مسلم خمرًا لذمي ، فعند القائلين بالضمان يضمن قيمة الخمر ، وإن كانت من ذوات الأمثال ؛ لأن المسلم

---

(١)- انظر : قواعد الأحكام (١ / ١٨٠) ، والفروق (١ / ٢١٤) ، ومغني المحتاج ٠ ٢ / ٢٨٢) ، والأشباه والنظائر للسيوطي (٢٨٥).

(٢)- انظر : مغني المحتاج (٢ / ٢٨٢).

(٣)- السابق.

(٤)- انظر : مغني المحتاج (٢ / ٢٨٢).

ممنوع من تملكها وتمليكها ، وهذا بخلاف ما لو أتلفها ذمى لذمى ، فإنه يجب عليه مثلها ؛ لأن الذمى غير ممنوع من تملكها ، وتمليكها [1] .

ذلك هو الواجب بالضمان فى الأموال المثلية ، وما يخرج عنه من مسائل .

(ب)- ضمان المال القيمي :

أما إذا كان الضرر متعلقًا بالمال القيمى (وهو ما لا يوجد له مثل في السوق ، أو يوجد مع التفاوت المعتد به في القيمة : كالدور ، والأشجار ، والحيوانات) [2] - فإن للعلماء مذهبين بخصوص الواجب بالضمان هنا .

* المذهب الأول مذهب الجمهور (الحنفية [3]، والمالكية [4] والشافعية [5] ، والحنابلة [6] الزيدية [7] ، والإمامية [8]) : أن القيمى يضمن بقيمته ، فعلى هذا لو أتلف أحد مالا قيميا - سواء كان حيوانًا أو غيره - فإنه يجب عليه أن يضمنه بقيمته .

---

(١)- تقدم تفصيل لقول بهذا الخصوص في فصل ضوابط الضرر ، المبحث الرابع : مبحث مشروعية المصلحة التي وقع الإخلال بها .

(٢)- راجع المادة (١٤٦) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٧/ ١٥٠) ، والمبسوط (١١/ ٥١) ، وتكملة البحر الرائق (٨/ ١٢٥).

(٤)- انظر : المنتقي للباجي (٥/ ٢٧٢) ، والبهجة شرح التحفة (٢ / ١٨٦) ، والقوانين (٢٨٢).

(٥)- انظر : الروضة (٥ / ١٨) ، ومغني المحتاج (٢ / ٢٨١).

(٦)- انظر : المغني لابن قدامة (٥/ ١٧٧) . ط : القاهرة .

(٧)- انظر : البحر الزخار (٥ / ١٧٤).

(٨)- انظر: شرائع الإسلام (٣ / ٢٤٠).

واحتج الجمهور لمذهبهم بما روى عبدالله بن عمر : أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : « من أعتق شركا له فى عبد ، قوم عليه قيمة عدل »[١] . قال ابن قدامة : فامر – يعنى : النبى صلى الله عليه وسلم – بالتقويم فى حصة الشريك ؛ لأنها متلفة بالعتق ، ولم يأمر بالمثل ؛ ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها ، وتتباين صفاتها ، فالقيمة فيها أعدل ، وأقرب إليها ، فكانت أولى [٢] .

* المذهب الثانى (مذهب الزهرى ، والظاهرية ، والعنبرى من الحنابلة ، وأحمد فى رواية ، وبها قال ابن تيمية) : أن القيمى يضمن بمثله [٣] .

قال ابن تيمية : وهذا موجب الأدلة ، فإن الواجب ضمان المتلف بالمثل بحسب الإمكان ، قال – تعالى – : ﴿ **وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا** ﴾ [٤] ، وقال : ﴿ **فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** ﴾ [٥] ، وقال : ﴿ **وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ** ﴾ [٦] ، وقال : ﴿ **وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ** ﴾[٧] ، فإذا أتلف نقداً ، أو حبوباً ، أو نحو ذلك أمكن ضمانها بالمثل .

---

(١)- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب العتق ، باب : « إذا أعتق عبداً بين اثنين ، أو أمة بين الشركاء» . البخاري مع الفتح (٥ / ١٧٩).

(٢)- انظر : المغني لابن قدامة (٥ / ١٧٧) . ط : القاهرة.

(٣) - انظر : المغني لابن قدامة (٥ / ١٧٧) . ط : القاهرة ، والإنصاف (٦ / ١٩٣) ، والمحلي (٨ / ١٤٠ ، ١٤١) ، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٠/٥٦٣ ، ٥٦٤) ، وإعلام الموقعين (٢ / ٤٤ ، ٤٥).

والعنبري هو : عبد الله بن محمد بن شاكر ، ذكره الخلال فيمن روي عن أحمد ، توفي ٢٧٠ هـ . انظر : طبقات الحنابلة (١ / ١٨٩ ، ١٩٠).

(٤)- آية (٤٠) سورة الشوري .

(٥)- آية (١٩٤) سورة البقرة.

(٦)- آية (١٢٦) سورة النحل .

(٧)- آية (١٩٤) سورة البقرة.

وإن كان المتلف ثيابًا ، أو آنية ، أو حيوانًا ، فهنا مثله من كل وجه ، وقد يتعذر ، فالأمر دائر بين شيئين : إما أن يضمنه بالقيمة وهي دراهم مخالفة للمتلف فى الجنس والصفة ، لكنها تساويه فى المالية .

وإما أن يضمنه بثياب من جنس المثل ، أو آنية من جنس آنيته ، أو حيوان من جنس حيوانه مع مراعاة القيمة بحسب الإمكان ، وكون قيمته بقدر قيمته .

فهنا المالية مساوية كما فى النقد ، وامتاز هذا بالمشاركة فى الجنس والصفة ، فكان ذلك أمثل من هذا ، وما كان أمثل فهو أعدل ، يجب الحكم به إذا تعذر المثل من كل وجه (١) .

ويؤكد ابن تيمية صحة هذا بما جاء فى قصة داود وسليمان عليهما السلام لما حكما فى الغنم التى أصابت حرث قوم ، وكان عينا ؛ إذ الحرث : اسم للشجر والزرع ، فقضى داود بالغنم لأصحاب الحرث كأنه ضمنهم ذلك بالقيمة ، ولم يكن لهم مال إلا الغنم ، فأعطاهم الغنم بالقيمة .

وأما سليمان فحكم بأن أصحاب الغنم يقومون على الحرث حتى يعود كما كان ، فضمنهم إياه بالمثل ، وأعطى الغنم أصحاب الحرث يأخذون منفعتها عوضًا عن المنفعة التى فاتت من حين تلف الحرث إلى أن يعود فترد على أصحابها

وقد مدح الله حكم سليمان ، وذلك بقوله : ﴿ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ ﴾ (٢) .

---

(١)- انظر : مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٠/ ٥٦٣، ٥٦٤).

(٢)- آية (٧٩) سورة الأنبياء.

وكذلك يستدل أصحاب هذا المذهب بما أفتى به الزهرى لعمر بن عبدالعزيز : فيمن أتلف له شجراً ، فقال : « يغرسه حتى يعود كما كان » . فقيل : ربيعة ، وأبو الزناد قالا : « عليه القيمة » ، فغلظ الزهرى القول فيهما (١) .

ولهم - أيضًا - ما روى أبو داود عن عائشة أنها قالت : ما رأيت صانعًا مثل حفصة صنعت طعامًا ، فبعثت به إلى النبى - صلى الله عليه وسلم - فأخذنى أفكل فكسرت الإناء ، فقلت : يا رسول الله : ما كفارة ما صنعت ؟ فقال : « إناء مثل الإناء ، وطعام مثل الطعام » (٢) .

وروى أنس : « أن إحدى نساء النبى - صلى الله عليه وسلم - كسرت قصعة الأخرى ، فدفع النبى - صلى الله عليه وسلم - قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة ، وحبس المكسورة فى بيته » (٣) .

وأيضا فقد ثبت أن النبى - صلى الله عليه وسلم - استسلف بعيراً ورد مثله (٤) .

وقد أجاب الجمهور عن هذا (أولا) بخصوص الآيات : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾(٥) ، ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ

---

(١)- انظر : مجموع الفتاوى (٢٠ / ٥٦٣، ٥٦٤) ، وإعلام الموقعين (٢ / ٤٤، ٤٥).

(٢)- مختصر السنن مع المعالم (٥ / ٢٠١ ، ٢٠٢) كتاب البيوع، باب : « فيمن أفسد شيئا يضمن مثله » قال الخطابي: وفي إسناد الحديث مقال . و«الأفكل» معناه : الرعدة .

(٣)- مختصر السنن مع المعالم (٥ / ٢٠٠ ، ٢٠١) كتاب البيوع ، باب : « فيمن أفسد شيئا يضمن مثله ».

(٤)- أخرجه البخارى فى صحيحه : البخارى مع الفتح (٥ / ٧٢) كتاب الاستقراض ، باب «حسن القضاء».

(٥)- آية (١٩٤) سورة البقرة.

مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾ [١] – بأن المثل ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : مثله فى جنسه صورة ومعنى ، وذلك فى ضمان المثليات .

والثانى : مثله معنى ، وهو قيمته ، وذلك فى ضمان القيميات .

وأجابوا عن هذا (ثانيًا) بخصوص الأحاديث – بأن رده – عليه الصلاة والسلام – مثل الإناء ليس من باب الضمان وبت الحكم بوجوب المثل فيه ، بل من باب المعونة والإصلاح ؛ لأن القصعة والطعام المصنوع ليس لهما مثل معلوم ، وأيضًا : فإن هذا طعام ، وإناء حملا من بيت زوجه ، وما كان فى بيوت أزواجه – صلى الله عليه وسلم – من طعام ونحوه فالظاهر منه والغالب عليه : أنه ملك له ، وللمرء أن يحكم فى ملكه بما يراه أصلح ، وليس ذلك من باب ما يحمل عليه الناس من حكم الحكام فى أبواب الحقوق والأموال [٢] .

وهكذا فإنه يكون قد تطرق الاحتمال إلى أدلة هذا المذهب ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال كما هو المقرر فى الأصول ؛ وبناء عليه فإنه يكون مذهب الجمهور هو الأقوى ، فتجب القيمة .

أما كيفية تقدير القيمة فقد تعددت وجهات مذاهب الفقهاء بخصوصها ، ويظهر هذا من خلال اختلافهم فى كيفية تقدير قيمة الأموال (القيمية) فى الغصب والإتلاف ، وذلك بما حاصله :

---

(١)- آية (١٢٦) سورة النحل .

(٢)- انظر : معالم السنن للخطابى (٥ / ٢٠١).

(١) – النظر إلى القيمة يوم الغصب ، أو التلف إن لم يكن غصب؛ لأن الضمان يجب بالغصب إن حدث التلف بعده ، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه ، ولا يتغير التقدير بعده بتغير الأسعار ؛ لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان .

وتجب القيمة في الإتلاف دون غصب بالنظر إلى الوقت الذى حدث فيه السبب الموجب للضمان كذلك .

وهذه هى وجهة المذهب الحنفي[(١)] ، والمالكي[(٢)] ، والراجح من مذهب الإمامية [(٣)] .

وتقتضى هذه الوجهة : عدم الضمان بتغير الأسعار .

(٢)– تقدير قيمة المغصوب أو التالف بالرجوع إلى ما كان عليه وقت التلف ؛ لأنه هو الوقت الذى تعذر فيه رد العين ، وانتقل فيه الضمان إلى القيمة ، فتقدر بذلك .

---

(١)- انظر : بدائع الصنائع (٧/ ١٥١) ، وتكملة البحر الرائق (٨/ ١٢٥) ، وتبيين الحقائق (٥/ ٢٢٣) ، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/ ١٩٤).

وعند الحنفية – أيضًا– فى تقدير القيمة فيما لو كان المال مثليًا فانقطع المثل ووجبت القيمة هذه الوجهة : أن تقدر القيمة فى يوم الخصومة . أى : وقت القضاء، وهو قول أبى حنيفة.

وعند أبى يوسف : يوم الغصب.

وعند محمد : يوم الانقطاع.

وقد رجح الشيخ الزرقا – فى كتابه «الفعل الضار» – قول أبى حنيفة فى تقدير الواجب بالضمان فى يوم الخصومة، إلا أنه أطلق هذا فى جميع الأموال : المثلى منها والقيمى ، وذلك حيث رأى أن أقرب ما يحقق العدل ويجبر الضرر (عمليا) هو تقدير قيمته وقت الحكم به (أى يوم الخصومة) ، لكنه يرد على التصور هذا التساؤل : ماذا لو كانت القيمة وقت الخصومة دون القيمة الحقيقية التى تنبغى للمال لأى سبب من الأسباب ؟ هل يكون من العدل الحكم للمضرور بهذه القيمة ؟ ! انظر : حاشية رد المحتار مع الدر (٦ / ١٩٤) ، والفعل الضار (١٢٠).

(٢)- انظر : القوانين (٢ ٢٨) ، والمنتقى للباجى (٥ / ٢٧٤ ، ٢٧٥).

(٣)- انظر : شرائع الإسلام (٣ / ٢٣٩، ٢٤٠).

وهذه هى الوجهة الراجحة فى المذهب الحنبلي . قال فى «الإنصاف»: «وإن لم يكن مثليا ضمنه بقيمته يوم تلفه فى بلده من نقده، وهذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد . قال الحارثى : وهو الصحيح والمشهور ، وقال الزركشي : هذا المشهور والمختار عند الأصحاب » (١) .

(٣)- النظر إلى وجوب أعلى قيمة للمغصوب من يوم غصبه إلى حين تلفه ، فإذا انتقل به الغاصب إلى أماكن متفرقة ، وجبت أعلى قيمة للمغصوب فى الأماكن التى وجد فيها .

وهذا معناه : أنه لو غصب متاعًا قيمته مائة ، فارتفع سعره فى السوق إلى مائتين ، ثم انخفض يوم التلف إلى ثمانين ، لزمته المائتان ؛ لأنه كان مطالبا بالرد عند ارتفاع سعره ، فثبت فى ذمته بهذه القيمة ، فلا يبرأ إلا برد العين ، أو بالوفاء بما ثبت فى الذمة .

وتقتضى هذه الوجهة : ضمان ارتفاع السعر فى أحوال وجوب القيمة بخلاف أحوال وجوب رد العين ، أو رد المثل ، فإنه لا يكلف إلا بالرد دون التفات إلى السعر ؛ لأن وجوب القيمة له تعلق بالأسعار ارتفاعًا وانخفاضًا ، بخلاف الوجوب العينى ، أو المثلى ، فإنه متعلق بالأشياء لا بأسعارها (٢) .

هذه هى وجهة الفقه الشافعى (٣) ، والرواية الثانية عند المالكية ، والحنابلة (٤)، والإمامية (٥) .

---

(١)- الإنصاف للمرداوي (٦ / ١٩٤) ، وانظر : المبدع (٥ / ١٨٢).

(٢)- انظر : ضمان العدوان (٥٣٥).

(٣)- انظر : الروضة (٥ / ٢٥) ، ومغني المحتاج (٢ / ٢٨٤).

(٤)- انظر : المنتقى للباجي (٥ / ٢٧٤) ، والموافقات (٣ / ١٦٠) ، والإنصاف (٦ / ١٩٥) .

(٥)- انظر : شرائع الإسلام (٣ / ٢٤٠).

والـذى يراه البـحث أقـرب إلى الجبر للمضرور هو مذهب الشافعية ؛ لأن حق المضـرور مـتـعلق بعين المال كـمـا هو المقـرر ؛ فـإذا تعـذر رد العين ووجبت القـيمـة ، فإنه يعتـمـد فى تقـدير القـيمة أعلى ما وصـلت إليه قيمة هـذا المال ؛ إذ لو بقى هذا المال على ملك صـاحـبـه من غير أن يلحقـه ضرر لأمكنه به الوصول إلى هـذه القيمـة العـالية ، فيكـون العـدل فيما لو أضـر أحـد به فى هذا المـال - أن يعـوض عـن ذلك بأن يقـضى له بأعلى مـا وصلـت إليه قيمة المـال ؛ لأنه حقـه ، وهـذا هو الجـبر الذى قصـده الشـرع بالضـمان ، والله أعلـم .

ومـجـمـوع هذا الذى ذكـر من الأحكام فى (أ) ، (ب) إنما يـتـعلق بالأضـرار التى تأتى على كل المال مثليًـا كـان أو قـيـمـيًـا ، وهو مـا يعبـر عنه (بالإتلاف التام) .

أما إن كـان الضرر قد أتى على بعض المال (وهو ما يعبر عنه بالإتلاف الجزئى) فإنه يخـتلف حكمـه عما سبق ؛ ذلك أن الفقهـاء قسموا الضرر - هنا - قسمين [1] :

ضرر يبطل يسيرًا من المنفعة والمقصود من الشيء باقٍ ، وضرر يبطل الغرض المقصود من الشيء.

* أما الضرر الأول الذى يبطل يسيرًا من المنفعة ، فقد اتفقوا على أنه يجب فـيه ما نقص من قـيمة الشـيء يوم الضـرر : وذلك بأن يقـوم الشـيء

---

(١)- ويتنوع الفساد (الضرر بالإتلاف الجزئى) عن أشهب إلى ثلاثة أنواع ، (أحدها) يسير ليس فيه إلا ما نقص، و(الثانى) أن ينقص الكثير ، ولا يذهب أكثر المنافع، فهذا يكون صاحبه مخيرًا بين أخذه وأخذ مانقص، وتركه وأخذ قيمته كاملاً ، و(الثالث) : إذا أتلف أكثر المنافع، فليس لصاحبه إلا القيمة .

انظر : المنتقى للباجى (٥ / ٢٧٦).

الذى لحق به الضرر صحيحًا كما لو لم يضر به ، ثم يقوم بعد النقصان كما هو الساعة ، ويكلف محدث الضرر (فاعله) بأن يؤدى فضل ما بين القيمتين إلى صاحب الشيء ، ولا يكون لصاحب الشيء خيار فى ذلك (١) .

* وأما إن كان الضرر يبطل الغرض المقصود من الشيء ، فقد قال الحنفية والمالكية : لصاحبه الخيار : إن شاء سلم العين لمن أضر بها وأخذ القيمة كاملة ، وإن شاء أخذ العين وقيمة ما نقص منها بسبب الضرر(٢) .

وقال الشافعية والحنابلة : ليس لصاحب الشيء إلا قيمة الضرر سواء كان الإتلاف يسيرًا أو كثيرًا (٣) .

ويرجع سبب الخلاف هنا - كما قال ابن رشد بحق - إلى « الالتفات إلى الحمل على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين »(٤) .

وبهذا يكون قد اتضح الواجب بالضمان فى الضرر المادى المتعلق بالأموال : المثلى منها والقيمي، سواء كان هذا الضرر قد أتى على كل المال، أو أتى على بعضه ، وينتقل البحث الآن إلى الحديث عن الواجب بالضمان فيما يتعلق بالأضرار المعنوية .

---

(١)- انظر : مجمع الضمانات (١٤٧) ، وجامع الفصولين (٢ / ٩٣) ، والمنتقى (٥ / ٢٧٦) ، والقوانين (٢٨٥) ، وبداية المجتهد (٢/ ٣٥٠ ، ٣٥١) ، والأم (٣ / ٢١٨) ، والروضة (٥ / ٣٢، ٣٣) ، والمغنى لابن قدامة (٥ / ١٨٤) . ط : القاهرة.

(٢)- انظر : المنتقى (٥ / ٢٧٦) ، والقونين (٢٨٥) ، وبداية المجتهد (٢ / ٣٥٠ ، ٣٥١) ، ومجمع الضمانات (١٤٧)، وجامع الفصولين (٢ / ٩٣).

(٣)- انظر : الأم (٣/ ٢١٨) ، والمغنى لابن قدامة (٥/ ١٨٤) . ط : القاهرة . وروى عن أحمد - رحمه الله - كلام يحتمل ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ، رواه عنه موسى بن سعيد .

(٤) بداية المجتهد (٢ / ٣٥١).

٣- الواجب بالضمان فيما يتعلق بالأضرار المعنوية :

قد يتمثل الضرر - كما سبق أن عرفنا - في أذى يصيب الإنسان في شرفه وعرضه ، أو فيما يصيبه من ألم في عاطفته نتيجة قذفه أو سبه ، أو تحقيره في المخاطبة ، أو امتهانه في المعاملة ، أو نسبته إلى فعل اختياري محرم شرعًا ويعد عارًا عرفًا : كأن ينسب إلى السرقة ، والرشوة ، ونحو ذلك . وهذا هو ما يسمى بالضرر المعنوي (الأدبي) .

وجبر مثل هذا الضرر عن طريق التعويض المالي بأن يفرض القاضي على محدثه مالاً يؤديه إلى المضرور شفاء لنفسه - هو حكم مستحدث؛ ذلك أن الذي جرى عليه الفقه بهذا الخصوص هو العقوبة الحدية (فيما لو كان هذا الضرر يمثل جريمة قذف) ، أو التعزيرية (فيما لو كان الضرر دون جريمة القذف) .

ومن هنا فقد اختلف الباحثون المعاصرون بهذا الشأن ، فذهب بعضهم إلى أن قواعد الشرع لا تأبى تقرير التعويض المالي عن الضرر المعنوي [١] .

وذهب البعض الآخر إلى المنع من ذلك [٢] .

أما الذين قرروا التعويض المالي عن الضرر المعنوي فقد عللوا ذلك بما يلي :

---

(١)- انظر : ضمان العدوان لأستاذنا الدكتور محمد سراج(٤٩٦ ، وما بعدها) ، ونظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور الدريني (ص ٢٩٠) ، والمسئولية التقصيرية للدكتور فوزي فيض الله (ف ٥٤: ٥٧، ص ١٣٨، ١٤٣) رسالة دكتوراه بكلية الشريعة ، نقل ذلك عنه الشيخ مصطفى الزرقا في كتابه « الفعل الضار» (ص ١٢٢، ١٢٣).

(٢)- انظر : الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف (٥٥، ٥٦) . ط :معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١،، والفعل الضار والضمان فيه للشيخ مصطفى الزرقا (١٢١: ١٢٥).

١- أن قواعد الشرع لا تأبى تقرير التعويض عن الضرر الأدبى ، ولا يقال : إن التقوم يعتمد الإحراز ، والإحراز يعتمد البقاء ، ولا بقاء للأعراض ، والضرر الأدبى عرض ؛ لأن هذا رأى من لم يقل بتقوم المنافع ، ولكن الأرجح تقومها ، ويقاس على المنافع المعنوية المضار المعنوية فى التقوم ؛ بجامع أن كلاً منهما عرض لا بقاء له ؛ صيانة لأعراض الناس ، يؤيد هذا : أن الشريعة قد حرمت الإضرار والإيذاء بشتى صوره .

وأما أن الشريعة قد شرعت الحد لجريمة « القذف » وهو ضرر معنوى ، فلا يمنع هذا أن يعوض عن الأضرار المعنوية التى هى دون ذلك بالمال ؛ إزالة للضرر بقدر الإمكان [١] .

٢- أن الإمام محمد بن الحسن - رحمه الله تعالى - قال فى الجراحات التى تندمل دون أن يبقى لها أثر : أنه « تجب فيها حكومة عدل بقدر ما لحق المجروح من الألم » [٢] . فهذا تقدير للألم بالمال .

٣- أن ابن قدامة نقل فى « مغنيه » : أن قطع حلمتى الثديين عند مالك والثورى يوجب ديتهما إن ذهب اللبن ، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه . أي : بقدر العيب الجسدى الذى يصيب المرأة [٣] .

٤- ونقل فى « الدر المختار » : أنه لو ضربه أسواطًا ولم يكن لها أثر ، لا شيء فى ذلك (أى : ليس فيها أرش مالى ، أما العقوبة فواجبة حتما) وقال أبو يوسف : « عليه أرش الألم ، وهى حكومة عدل » [٤] .

---

(١)- انظر : نظرية التعسف فى استعمال الحق (ص ٢٩٠) للدكتور الدريني.

(٢)- المبسوط للسرخسى (٢٦ / ٨١) . وسيأتى أن أرش الألم معناه : أجرة الطبيب والمداواة.

(٣)- انظر : المغنى مع الشرح الكبير (٩/ ٦٢٣، ٦٢٤).

(٤)- الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٢٤، ٦٢٥) ، وفسر الطحاوى فى شرحه قول أبى يوسف: « أرش الألم » - بأجرة الطبيب والمداواة . وهذا مما يظهر به أنه لا يسلم الاحتجاج بقول أبى يوسف على جواز التعويض المالى عن الضرر المعنوى ؛ لأنه قصد بأرش الألم أجرة الطبيب والمداوة لا الألم المعنوي.

٥- ونص الشافعية على أنه لو جرحه وبريء ولم ينقص أصلا أنه « يعزر فقط ، إلحاقًا للجرح باللطم والضرب لضرورة ، وقيل : يفرض القاضى شيئًا باجتهاده ، ورجحه البلقينى » (١) .

٦- وفى الفقه الزيدى جاء فى البحر الزخار : « ففى الألم حكومة . . . ، [و] فى الإيلام »(٢) ، وفيه - أيضا - : « ولا شيء فى قطع طرف الشعر ؛ إذ لا يؤثر فى الجمال ، فإن أثر بأن أخذ النصف فما فوق فحكومة ؛ لما فيه من الزينة » (٣) .

قال الباحثون المعاصرون فى التعليق على هذا : ولعل فى أرش الألم الذى نص عليه فقهاء الحنفية ، والزيدية ما يؤيد تقرير التعويض المالى عن الضرر المعنوى (٤) ، باعتبار أن الألم شيء معنوى .

ومما قالوه - أيضا - : إنه لما كانت الشريعة تقر التعزير عن الضرر الأدبى ، وهى من قبل تقر التعزير بأخذ المال (أى بفرض غرامة مالية)(٥) - فإنه يكون للحاكم أن يلجأ فى أساليب التعزير إلى ما يراه أقمع للفساد،

---

(١)- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب للقاضى زكريا الأنصارى بهامش حاشية البجيرمى عليه (٤ / ١٦١) . ط : المطبعة الأميرية ببولاق.

(٢)، (٣)- البحر الزخار (٦ / ٢٨٠، ٢٨٢).

(٤)- انظر : ضمان العدوان (٤٩٦) ، والمسئولية التقصيرية (١٣٨، وما بعدها).

(٥)- سيأتى بيان وجهات العلماء بخصوص التعزير بأخذ المال فى مبحث الجزاء العقابى للضرر ، لكن الذى يقال هنا : إنه ينبغى التفريق بين التعويض المالى عن الضررالمعنوى الذى هو نوع من أنواع الجوابر يدفع للمضرور جبراً لما تولد عن الضرر وبين التعزير بالغرامة المالية الذى هو نوع من الزواجر تعاقب به الدولة محدث الضرر لخروجه عن النظام العام ومخالفته مقررات التشريع التى تمنع من إحداث الضرر، وبالتالى فتذهب هذه الغرامة إلى خزينة الدولة لا إلى جيب المتضرر. وهذا ليس مراد المستدلين بجواز التعزير المالى شرعًا.

وممن قال بهذا التفريق الشيخ مصطفى الزرقا . انظر : الفعل الضار (١٢٤) .

وأبلغ فى الإصلاح ، وفى زمانننا هذا يكون التعزير بأخذ المال فى الأضرار المعنوية أمضى فى العقاب ، وأحسن فى تحقيق النتائج التأديبية ، ثم إن الذى يرى : أنه فى هذه الأضرار الأدبية يجتمع حقان : حق الله ، وحق العبد .

فليكن حق الله بالعقوبات الواقعة على الجسم والنفس على حسب الأحوال ، وليكن حق العبد بفرض الغرامات المالية ، ولكل منهما أثره القوى فى الزجر والتأديب (١) .

هذه هى جملة الاستشهادات التى بنى عليها الباحثون المعاصرون القول بجواز التعويض المالى عن الضرر الأدبى .

لكن الذين منعوا من ذلك لم يسلموا بهذه الاستشهادات وأجابوا عنها بما حاصله : أنها لا تصلح للاحتجاج ؛ لكونها خارجة عن موضوع النزاع فجميع الأمثلة التى استشهدوا بها على التعويض عن الضرر الأدبى ليست من الضرر الأدبى فى شيء ، فالألم ، والشين ، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر ، كلها أضرار مادية لا نزاع فى جواز التعويض المالى عنها ، ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعًا على التعويض المالى عن الضرر الأدبى .

على أنه يلاحظ : أن بعض ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر أدبى هو فى حقيقته ضرر مادى يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية فى تعويض الأضرار المادية (٢) ، ومن ذلك :

- إيقاع الألم بالضرب ، أو اللطم ولو لم يترك أثرًا .

---

(١)- انظر : ضمان العدوان (٤٩٦) ، والمسئولية التقصيرية (١٣٨: ١٤٣) .
(٢)- انظر : الفعل الضار (١٢٣) .

- نقص جمال عضو من الأعضاء .

كذلك فإنهم أجابوا : بأن النصوص الشرعية تتضافر على تأكيد شدة تحريم الإضرار المعنوى ، وحد القذف فى الشريعة مثال واضح على ذلك . لكن الأسلوب الذى اتبعته الشريعة فى معالجة الإضرار الأدبى إنما هو التعزير الزاجر ، وليس التعويض المالى ؛ إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه [1] .

وفى هذا يقول الشيخ على الخفيف : فليس فيه - الضرر المعنوى - تعويض مالى على ما تقضى به قواعد الفقه الإسلامى ، وذلك محل اتفاق بين المذاهب ، وأساس ذلك « أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض، وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ لرد الحال إلى ما كانت عليه ؛ إزالة للضرر وجبراً للنقص ، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له ، ليقوم مقامه ويسد مسده ، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيء ، وليس ذلك بمتحقق » [2] . أى : فى التعويض المالى عن الضرر المعنوى .

ومن أجل ذلك لم يجز أن يعطى المال فى الضرر المعنوى تعويضاً « لأنه إذا أعطى كان أخذ مال لا فى مقابلة مال، وكان هذا من قبيل أكل المال بالباطل ، وذلك محظور ؛ لقوله - تعالى - : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُم** ﴾[3] »[4] .

---

(١)- انظر : الضمان للشيخ على الخفيف (٥٦)، والفعل الضار (١٢٤).

(٢)- الضمان (٥٥).

(٣)- آية (٢٩) سورة النساء.

(٤)- الضمان للشيخ على الخفيف (٥٦) .

ومن جهة أخرى فإنه يُرى « أن إعطاء المال فى هذا النوع من الضرر لا يرفعه ، ولا يزيله ، فأخذ المال فيه عند جرح الشعور ، أو ثلم الشرف لا يعود به كلاهما إلى ما كانا عليه من سلامة . . ، ومن هذه الناحية يرى أن إعطاء التعويض فيه ليس جبراً ، والتعويض إنما يقصد به الجبر »[1] .

كذلك فإنهم يقولون : إنه لما كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة وإثمًا وأمراً محظوراً يتناوله قوله – صلى الله عليه وسلم – : « لا ضرر ولا ضرار » ، ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه – كان الواجب فيه التعزير عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجراً[2] من العقوبات لا التعويض المالى .

هذا وليس يفوت البحث فى هذا المقام الإشارة إلى ما كان من خلاف فى بداية الأمر بين رجال التشريع الوضعى فى التعويض عن الضرر الأدبى بالمال ، فقد ذهب فريق إلى عدم جواز ذلك باعتبار « أن هذا الضرر ليس فى مال حتى ينجبر بالمال ، وأن المثل العليا تأبى أن يساوم الشخص على شرفه وعرضه كما يساوم على أمواله ، وبأن تقويمه بالمال لا يستند إلى أساس سليم ، وتقديره يختلف باختلاف الأشخاص ولا يكون إلا تحكماً »[3] ، غير أن هذا الرأى على صحة ما استند إليه وسلامته لم يتح له الانتصار ، فقد أخذت المحاكم بالرأى الذى يقضى بجواز التعويض عن الضرر المعنوى .

وخلاصة القول – كما يقول الشيخ مصطفى الزرقا بحق – : إنه لا

---

(١)- الضمان للشيخ على الخفيف (٥٦).

(٢)- انظر : الضمان (٥٦) ، والفعل الضار (١٢٤).

(٣)- الضمان للشيخ على الخفيف (١٢٤).

يوجد مبرر استصلاحي لمعالجة الضرر الأدبي بالتعويض المالي ، ما دامت الشريعة قد فتحت مجالاً واسعًا لقمعه بالزواجر التعزيرية . كذلك فإنه لم ير في الاستدلال عليه من الشريعة - من خلال مجموع ما قدم - حجة مقنعة على تبدلٍ في أنماط الحياة المعاصرة يجعل الاستمرار في قمعه تعزيرًا غير ذي جدوى [1] ، بل الأمر بالعكس ، فإن قبول مبدأ التعويض المالي على الأضرار الأدبية له محذور واضح ، هو أن مقدار التعويض لا يحكمه ضابط محدد مما يفتح الباب لنوع من التحكم في التقدير ، بينما الذي يظهر في أحكام الشريعة هو الحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض ، وهذا متعذر هنا ، وكثيرًا ما يسمع الإنسان - فيدهش - في أخبار الدعاوى والأقضية أرقامًا بالملايين لقاء أضرار أدبية ليست تحتمل بحال هذه الأرقام ؛ لنذارتها ، وهوان أمرها [2] !

هذا إذا لم يكن للضرر الأدبي انعكاسات مالية ، أما إن كان له انعكاسات مالية ، فإنه يقبل التعويض كأي ضرر مالي ، وذلك كأن يتهم طبيب بالجهل بالطب ، أو تاجر بأنه عديم الأمانة ... إلخ، مما يصرف الناس عن التعامل معه ، ويضر بمورده المالي [3] .

ويتقدر الواجب في هذا على النحو الذي يتقدر به الواجب في الأضرار المالية على وجه العموم من التكافؤ الموضوعي بين الضرر والتعويض، وذلك بحيث يكون التعويض محققًا لمعنى جبر ما فات بسبب الضرر .

فمثلا لو رمى رجل صاحب مدرسة لتعليم الفتيات الكتابة على الآلة الكاتبة بأنه قواد ، أو نشر صورته وهو يدخل إلى مكان من الأمكنة

---

(١)- انظر : الفعل الضار (١٢٤).

(٢)- انظر : الضمان (٥٦، ٥٧) ، والفعل الضار (١٢٤) .

(٣)- انظر : الفعل الضار والضمان فيه (١٢٤).

المشبوهة فانصرفت عنه الفتيات المتدربات ، واضطر إلى إغلاق مدرسته ، وبيع أثاثها بثمن بخس لدفع أجور المدرسين ، ومقابل الإعلانات ، وما إلى ذلك ، فلن يرفع ضرره عقاب من سبه بعشرين أو ثلاثين جلدة ، أو سجنه بعض الوقت ؛ ذلك أن الضرر -هنا- له انعكاسات مالية ؛ لذا فيجب التعويض المالى المناسب للمضرور ، وذلك على النحو الذى ينجبر به الضرر، فيحكم على من تسبب فى الضرر (الذى رمى صاحب المدرسة بأنه قواد) بتحمل ما فات من كسب المشروع مدة عام أو عامين حسب تقدير القاضى ؛ لأن الأغلب ألا يستمر تأثير الإشاعة أكثر من ذلك ، ولو نقص دخل المدرسة ولم يضطر لإغلاقها ، فإن هذا النقص يقدر ويحمل على المعتدى (١) .

وهكذا يكون الشأن فى كل ما له انعكاس مالى من الأضرار الأدبية ، فإنه يعوض المضرور - عما فاته من المال بسبب هذا الضرر - التعويض العادل الذى يحصل به الجبر تمامًا كما فى تعويض الأضرار المالية .

هذا تمام القول بخصوص الواجب بالضمان فى الأضرار المعنوية ، وبه يكون البحث قد فرغ من الكلام بخصوص هذا المطلب : مطلب الواجب بالضمان ، ونتحول الآن - وبعد أن اتضحت المعالم الرئيسة للجزاء التعويضى للضرر (الضمان) - إلى حيث الحديث عن الجزاء العقابى للضرر ، وذلك من خلال المبحث التالى .

****

---

(١) - انظر : ضمان العدوان (٥٠١).

المبحث الثالث

ازالة الضرر بالعقوبة الحدية أو التعزيرية (أو الجزاء العقابى للضرر)

سبق أن عرفنا أن الموجب الأصلى فى جزاء الضرر هو الجزاء العينى ، وذلك حيث يمكن إزالة عين الضرر ، فإن لم يمكن هذا فإنه يصار إلى الجزاء التعويضى (الضمان) .

وفى هذا المبحث نعرض لنوع آخر من أنواع جزاء الضرر ، وهو الجزاء العقابى ، وذلك فيما لو كان الضرر يمثل جنايةً يجب فيها الحد ، فإنه يكون الجزاء : أن يقام الحد على محدث هذا الضرر شفاء لنفس المضرور وذهاباً لألم قلبه .

وكذلك الشأن فيما لو كان الضرر يمثل جناية دون ما يجب فيه الحد، فإنه يكون الجزاء أن يعزر محدث الضرر التعزير المناسب الذى يقضى به الإمام أو من ينوب عنه .

وتجدر الإشارة – هنا – وقبل المضى فى تفصيل القول بخصوص الجزاء العقابى للضرر – إلى أنه قد يضم الجزاء العقابى إلى ما سبق أن ذكر من الجزاء العينى ، أو الجزاء التعويضى ، أو أنه قد تجتمع هذه الأنواع الثلاثة : الجزاء العيني، والجزاء التعويضي، والجزاء العقابى على محدث الضرر ، وذلك كما فى الغصب ، فإن الغاصب يقضى عليه برد ما غصب، وبضمان ما نقص منه ، أو ما فات من منافعه مدة غصبه ، ويعزر على جناية الغصب بما يراه الإمام أو من ينوب عنه [1] ، وذلك على النحو الذى

(١)- انظر مثلا : جواهر الإكليل (٢/ ١٤٨) ، والتاج والإكليل (٥/ ٢٧٤) ، ومواهب الجليل (٥/ ٢٧٤، ٢٧٥) .

يردعه عن الإقدام على الغصب مرة أخرى ، وفى نفس الوقت يشفى نفس المغصوب ويذهب ألمها .

فرد المغصوب هو الجزاء العينى ، وضمان ما نقص منه أو ما فات من منافعه هو الجزاء التعويضي، والتعزير بالجلد ونحوه هو الجزاء العقابى .

والبحث يشير فيما يلى إلى مشروعية التعزير بالعقوبات المختلفة على الضرر متجاوزاً فى ذلك الحديث عن العقوبات الحدية لمعلومية أمرها ولوضوح حدودها .

وتفصيل القول فى ذلك على هذا النحو :

*- يقرر البحث أن الراجح فى التعزير باعتباره نوعًا من العقوبة موكولا قدره لاجتهاد الإمام : أنه ليس لأقله حد [1] ، بل هو بكل ما فيه إيلام الإنسان من قول وفعل ، وترك قول وفعل ؛ جزاء مناسبًا لما أحدث من الضرر .

فقد يعزر بوعظه ، وتوبيخه ، والإغلاظ عليه ، أو بهجره ، وترك السلام عليه ، أو بعزله عن ولايته ، أو بترك استخدامه ، أو قطع أجره .

وكذلك أكثر التعزير ، فإنه لا يتقدر ، لكن إن كان التعزير فيما فيه مقدر لم يبلغ به ذلك المقدر ، مثل التعزير على ضرر كجناية سرقة لما دون النصاب ، فإنه لا يبلغ به القطع ، والتعزير على ضرر كجناية قذف بغير الزنا فإنه لا يبلغ به حد القذف .

---

(١) – وهذا هو مذهب الحنابلة ، وما عليه غالبية الحنفية . قال ابن قدامة : « إن أقل التعزير ليس مقدراً ؛ لأنه لو تقدر لكان حداً، ولأن النبى – صلى الله عليه وسلم – قدر أكثره ولم يقدر أقله ، فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام ، أو الحاكم ، فيما يراه، وما يقتضيه حال الشخص » . انظر : المغنى (١٠/ ٣٤٨)، وفتح القدير (٥/ ٥١٦) ، ورد المحتار (٤/ ٦٠) .

وهذا هو بعض مذهب المالكية [١] ، وطائفة من أصحاب الشافعي[٢] ، ورواية فى مذهب أحمد اختارها بعض أصحابه[٣] .

قال ابن تيمية : « وهذا القول هو أعدل الأقوال ، ودلت عليه سنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وسنة خلفائه الراشدين » [٤] .

---

(١) ذكر المازرى : أن تحديد العقوبة (التعزيرية) لا سبيل له عند أحد من أهل المذهب ، وقال : إن مذهب مالك يجيز فى العقوبات فوق الحد ، وحكى عن أشهب : أن المشهور : أنه قد يزاد على الحد .

غير أن البحث يقيد ذلك بما إذا كان التعزير فيما ليس فى جنسه مقدر ، فإن كان فى جنسه مقدر على نحو ما سبق لم يبلغ بالتعزير ذلك المقدر ، والمالكية يطلقون – كما هو الواضح من قول أشهب – وللإمام – عندهم – أن يزيد فى التعزير عن الحد .

انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٤) ، والخرشى (٨/ ١١٠) ، وأسهل المدارك (٣/ ١٥٦)

(٢)- وهو أحد الوجوه الخمسة عند الشافعية . حكاه النووى فى الروضة (١٠/ ١٧٤) .

قال النووى : يفرق بين المعاصى ، وتقاس كل معصية بما يناسبها من الجناية الموجبة للحد ..، فيعزر فى الإيذاء والسب (الضرر المعنوى) بغير قذف (الذى لم يبلغ حد القذف) دون حد القذف .. ، وفى مقدمات السرقة دون حدّ السرقة .

(٣)- وعن أحمد – رحمه الله – بهذا الخصوص أربع روايات : (الأولى) : لا يبلغ بالتعزير الحد . اختارها الخرقى ، وهل المقصود بها أدنى الحدود ؟ أو أنه حد ما كان الجرم المرتكب من جنسه ؟ وقد يفسر المقصود بتلك الرواية ما جاء فى الرواية الثانية .

(الثانية) : من وطئ أمة امرأته التى أحلتها له يجلد مائة إلا سوطًا .

(الثالثة) : من هذه حاله جلد مائة .

(الرابعة) : لا يزاد على عشرة أسواط . قال ابن النجار : وذلك فى غير الحالة المتقدمة .

قال القاضى : هذا عندى من نص أحمد لا يقتضى اختلافًا فى التعزير ، بل المذهب أنه : لا يزاد على عشر جلدات اتباعًا للأثر إلا فى وطء جارية امرأته للحديث .

انظر : الإنصاف (١٠، ٣٤٢) ، والمغنى مع الشرح الكبير (١٠/ ٣٤٧) ، ومنتهى الإرادات (٢/ ٤٧٩) ، والفروع (٦/ ١٠٩، ١١٠) .

وقد نصر ابن قدامة فى المغنى ما قاله القاضى من أن المذهب أنه : لا يزاد على عشر جلدات .

انظر : المغنى (١٠/ ٣٤٨) .

(٤)- انظر : مجموع الفتاوى (٢٨/ ١٠٨ ، ١٠٩ ، ٣٤٤) .

ومذهب أبى حنيفة ، والشافعى ، وأحمد فى رواية : أن أكثر التعزير دون أقل الحدود ، وهو =

يدل على هذا أن النبى – صلى الله عليه وسلم – أمر بضرب الذى أحلت له امرأته جاريتها مائة ، ودرأ عنه الحد بالشبهة (١) .

وأمر أبو بكر وعمر بضرب رجل وامرأة وجدا فى لحاف واحد – مائة مائة (٢) .

وأمر عمر بضرب الذى نقش على خاتمه ، وأخذ من بيت المال – مائة، ثم ضربه فى اليوم الثانى مائة ، ثم ضربه فى اليوم الثالث مائة (٣) .

وضرب صبيغ بن عسل – لما رأى بدعته – ضربًا كثيرًا لم يعده(٤) .

وعلى هذا فإنه يكون للإمام أن يعزر محدث الضرر بقدر ما ترتب على تصرفه من الضرر ، وأنه لا حد فى ذلك مقدر ، هذا ما لم يكن الضرر مما فيه مقدر ، فإن كان فيه مقدر لم يبلغ بالتعزير ذلك المقدر .

وهنا فإنه يقال هل للإمام أن يبلغ بالتعزير هذا الحد : الحكم بالقتل سياسة على بعض محدثى الضرر ؟ والبحث يجيب عن ذلك فيما يلى :

*** مشروعية التعزير بالقتل (القتل سياسة) فى بعض المضار :**

يرى بعض العلماء : أن من لم يندفع فساده (ضرره) فى الأرض إلا بالقتل ، فإنه يقتل .

=تسعة وثلاثون سوطا إذا قلنا : إن حد الشرب « أربعون سوطًا » .

انظر : الهداية (٢/ ١١٧) ، والروضة (١٠/ ١٧٤) ، والمغنى مع الشرح الكبير (١٠/ ٣٤٧) .

(١) -أخرجه أبو داود فى سننه ، مختصر السنن مع المعالم (٦/ ٢٧٠) كتاب الحدود ، باب : « فى الرجل يزنى بجارية امرأته » من حديث النعمان بن بشير ، قال المنذرى : « وأخرجه الترمذى ، و النسائى ، وابن ماجة» .

(٢) ، (٣) - انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٤) ، والفروع (٦/ ١٠٧،١١٢) .

(٤) - انظر: تبصرة الحكام (٢/ ٢٠٢)

وفي هـذا المعنى يقـول ابن تيمـية : « ومـن لم يندفـع فساده (ضرره) في الأرض إلا بالقـتـل ، قـتل ، مـثل : المفـرق لجـمـاعـة المسلمـين ، والداعـي إلى البدع في الدين ، قـال – تعالى – : ﴿ **مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا** ﴾ (١) » (٢) .

وهذا هو مذهب الحنفية . قال في الدر المختار : « ويكون التعزير بالقتل ، ومثال ذلك : كمن وجد رجلا مع امرأة لا تحل له ، ولو أكرهها فله قتله ، ودمه هـدر ... إن كان يعلم أنه لا ينزجر بصـياح ، وضـرب بما دون السـلاح ، فإن علـم أنه ينزجر بما ذكـر لا يكـون بالقتل ، وإن كانت المـرأة مطـاوعة قتلهما » (٣) .

وقد علق ابن عابدين على هذا بما حاصله : أن للإمام أن يعزر بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار ، وشرع القتل في جنسها . قال : « ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي – صلى الله عليه وسلم – من أهل الذمة ، وإن أسلم بعد أخذه ، وقالوا : يقتل سياسة ، ومن ذلك : أن للإمام قتل السارق سياسة إن تكرر منه » (٤) .

والتـعـزير بالقـتل هو مـذهب المالكيـة – أيضًـا – في بعض الأحـوال ، فعندهم : أن الداعية إلى البدعة ، المفرق للجماعة يستتاب ، فإن تاب ، وإلا قتل . كما أن الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس للعدو جاز قتله (٥) .

---

(١) –آية (٣٢) سورة المائدة . (٢) – مجموع الفتاوى (٢٨/ ١٠٨، ١٠٩) .

(٣) –الدرالمختار مع حاشية ابن عابدين (٤/ ٦٢، ٦٣).

(٤) – حاشية رد المحتار لابن عابدين (٤/ ٦٢، ٦٣) .

(٥) –انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٦) ، وفي المذهب خلاف في جواز القتل تعزيرا في غير هذين الموضعين .

وبمثل هذا وجه عند الحنابلة . قال المرداوى : « نقله إبراهيم بن سعيد الأطروش [1] عن الإمام أحمد– رحمه الله– فى الدعاة من الجهمية » .

وعن أحمد – فى المبتدع الداعية – : أنه يحبس حتى يكف عنها ، وجوز ابن عقيل قتل مسلم جاسوس للكفار [2] .

وعلى هذا فإنه يكون للإمام أن يعزر على بعض المضار بالقتل سياسة شرعية وذلك فى إطار من هذين الضابطين :

– أن يكون هذا الضرر مما يشرع فى جنسه القتل : كالدعوة إلى البدع والضلال ، وإثارة الفتن التى من شأنها تفريق وحدة المسلمين .

– أن يتكرر منه إحداث هذا الضرر مهما عوقب ، وذلك بحيث لا يجدى معه إلا القتل ، وهذا هو ما عبر عنه ابن تيمية بقوله « من لم يندفع فساده (ضرره) فى الأرض إلا بالقتل » ، وهو – أيضًا – ما عبر عنه ابن عابدين بقوله : « يعزر بالقتل فى الجرائم التى تعظمت بالتكرار » .

ويؤيد هؤلاء العلماء وجهتهم هذه بما أخرجه مسلم عن النبى – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : « إذا بويع لخليفتين فاقتلوا الآخر منهما »،

---

(١) – قال في طبقات الحنابلة : «إبراهيم بن سعيد الأطروش روي عن إمامنا أشياء منها : قال : سألت أحمد بن حنبل عن قتل الجهمية؟ فقال : أرى قتل الدعاة منهم » . فهذا هو كل ماجاء في طبقات الحنابلة عنه . انظر : طبقات الحنابلة (١/ ٩٥).

(٢) –انظر : الإنصاف (١٠/ ٢٤٩). والذي يلاحظ على الفقهين : المالكي والحنبلي بهذا الخصوص أنهما – وإن جوزا القتل سياسة على سبيل التعزير – فهما يضيقان من دائرة ذلك ، بل ويحصرانه في الصورتين المذكورتين ، وهذا بخلاف الفقه الحنفي وما قاله ابن تيمية حيث يوسعان من دائرة ذلك ما تحقق الضابطان المشار إليهما . وخالف الشافعية الزيدية في ذلك، فلا يشرع عندهما التعزير بالقتل . انظر : الأحكام السلطانية للماوردي (٣٦)، وما بعدها ، والروضة (١٠/ ١٧٤) ، وأسنى المطالب (٤/ ١٦٢) ، والبحر الزخار (٦/ ٢١٢). ونقل ابن فرحون عن الشافعية في تبصرته : جواز قتل الداعية إلي البدع : كالجهمية ، والروافض ، والقدرية .

وقال : « من جاءكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يفرق جماعتكم فاضربوا عنقه بالسيف » [1] . فالحديث يدل على أنه يقتل محدث الفتنة (وهى نوع من المضار) التى من شأنها تفريق وحدة المسلمين .

وأيضًا فإنه مما يؤيد هذا -عندهم - : أمر النبى -ﷺ- بقتل رجل تعمد عليه الكذب [2] ، وأنه لما سأله ابن الديلمى عمن لم ينته عن شرب الخمر ؟ قال : « من لم ينته عنها فاقتلوه »[3] . فالنصان مصرح فيهما بأنه يقتل من حاله تعمد الكذب على النبي، أو اعتياد شرب الخمر .

وقد حكى الغزالى فى الساعى فى الأرض بالفساد (الضرر) بالدعوة إلى البدعة ، أو بإغراء الظلمة بأموال الناس وحرمهم ، وسفك دمائهم بإثارة الفتنة، والمصلحة قتله لكف شره - : أنه إذا لم يقتحم جريمة موجبة

---

(١) - صحيح مسلم بشرح النووى (٤/٥١٨،٥١٩) كتاب الإمارة باب : « حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع » . الحديث الأول : من رواية أبى سعيد الخدرى ، والحديث الثانى بلفظ « فاقتلوه » بدل « فاضربوا عنقه » ، وفى رواية أخرى « فاضربوا عنقه كائنا من كان » .

(٢) - انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٨/ ١٠٩) ولم أقف على تخريجه.

(٣)- أخرجه أبو داود ، السنن مع العون (١٢/ ١٨٨) كتاب الحدود ، باب : « إذا تتابع الناس فى شرب الخمر » . وأخرجه الترمذي ، السنن مع التحفة (٤ / ٧٢٢) كتاب الحدود ، باب : : « من شرب الخمر فاجلدوه ، ومن عاد فى الرابعة فاقتلوه » . وأخرجه ابن ماجة فى الحدود ، باب : «من شرب الخمر مرارًا » . قال الأرناؤوط : وإسناده حسن ، وصححه ابن حبان . قال أبوعيسى الترمذى : إنما كان هذا فى أول الأمر (أى : القتل) ، ثم نسخ بعد ، هكذا روى محمد بن إسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر عن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال : « إن شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فى الرابعة فاقتلوه » . قال : ثم أتى النبى - صلى الله عليه وسلم - بعد ذلك برجل قد شرب فى الرابعة، فضربه ، ولم يقتله . سنن الترمذى مع التحفة (٤/ ٧٢٣). قال الخطابى : وهذا هو ما عليه أهل العلم ، معالم السنن (٦/ ٢٨٦) ومذهب ابن حزم الظاهرى العمل بالحديث ، فعنده : أن شارب الخمر إن عاد فى الرابعة يقتل ، ونقل ذلك عن عبد الله بن عمرو بن العاص . انظر : المحلى (١١/ ٣٦٦،٣٧٠) .

لسفك الدم فلا يسفك دمه ؛ إذ في تخليد الحبس عليه كفاية شره ، فلا حاجة إلى القتل . . ، فإن قيل : إن في توقفنا عن الساعى فى الأرض بالفساد ضرراً كليا بتعريض أموال المسلمين ودمائهم إلى الهلاك ، وغلب ذلك على الظن بما عرف من طبيعته ، وعادته المجربة طول عمره ، قلنا : لا يبعد أن يؤدى إليه اجتهاد مجتهد إلى قتله إذا كان كذلك ، بل هو أولى (بالقتل) من الترس (من تترس به الكفار) فإنه لم يذنب ذنبًا ، وهذا (أى : الساعي) قد ظهرت منه جرائم توجب العقوبة، وإن لم توجب القتل، وكأنه التحق بالحيوانات الضارية (أى : التى لم يندفع ضررها إلا بقتلها)؛ لما عرف من طبيعته وسجيته (١) .

والحاصل : أنه يجوز للإمام أن يعزر بالقتل سياسة على الضرر الذى هو من جنس ما فيه القتل، والذى يتكرر إحداثه من فاعله مهما عوقب بحيث لا يجدى معه من العقاب إلا القتل .

وبناء عليه فإنه لا يبعد الحكم بقتل من تكرر منه الاتجار فى المواد الضارة :كالمخدرات والمسكرات المغشوشة بالسموم ، والأغذية الفاسدة التى يغلب على الظن أنها تؤدى للموت حالا أو مآلاً ؛ ذلك أن الاتجار فى هذه المواد من شأنه التسبب فى إتلاف النفوس شيئًا فشيئًا بما يؤدى إلى فقدان الحياة ، فيكون هذا الاتجار من الضرر الذى يشرع فى جنسه القتل ، لما ترتب عليه من فقدان الحياة . هذا أولاً .

وأما ثانيًا فلأنه تكرر منه الاتجار ، ولم يجد معه العقاب بالحبس ، أو الضرب فتعين القتل سبيلاً لدفع ضرره .

---

(١)- المستصفى (٢٥٤ ، ٢٥٥) .

والحق أن هذه الوجهة التي يراها هؤلاء العلماء هى أعدل الوجهتين ، وأشبههما بالصواب ؛ لما فيها من قطع مادة الفساد (الضرر) حالة تعذر ذلك بأى نوع من أنواع العقاب، حيث لم يجد فى المنع من ارتكاب الضرر أى عقاب من الحبس والضرب ونحو ذلك، فتعين القتل سبيلاً لدفع هذا الضرر .

لكن تجدر الإشارة – هنا – إلى أنه على الإمام أن يتوخى تحقق الضوابط التى سبق أن أشير إليها، فليس يجوز العقاب بالقتل فى كل تصرف ضررى ، بل ذلك فى تصرف مخصوص بأنه ضرر من جنس ما يشرع فيه القتل، وليس هذا فحسب، بل إن كان محدث هذا الضرر من التصاغر والضعف بحيث يردعه ويمنعه عن الضرر العقاب بالضرب أو الحبس، فإنه لا يصار إلى القتل ؛ ذلك أن العقاب بالقتل لا يكون إلا حيث لا تفلح أية عقوبة سواه ، فيتعين هو .

هذا هو ما ينتهى إليه النظر بخصوص : مشروعية التعزير بالقتل (القتل سياسة) .

وينتقل البحث بعد هذا إلى الحديث عن مشروعية التعزير بالمال .

*** مشروعية التعزير بالعقوبات المالية :**

اختلف النظر الفقهى للعلماء بخصوص مشروعية التعزير بالعقوبات المالية ، وذلك بما حاصله هاتان الوجهتان :

الوجهة الأولى : أن التعزير بالعقوبات المالية مشروع.

الوجهة الثانية : أن التعزير بأخذ المال غير مشروع .

والذى يلاحظ ابتداء أن الذين قالوا بالوجهة الأولى أى : بمشروعية

التعزير بالعقوبات المالية – يقصدون بالعقوبات المالية عدداً من المعانى لا مجرد أخذ المال فقط ، فيدخل – عندهم – فى معنى التعزير بالعقوبات المالية : إتلاف المال الضار ، أو تغييره، وهذا ليس يخالف فيه الفقهاء – كما سوف يظهر – وإنما الخلاف فى أخذ المال ؛ ولذلك هم حين منعوا من هذا التعزير عبروا عن ذلك بقولهم : التعزير بأخذ المال غير جائز ، ولم يقولوا التعزير بالعقوبات المالية غير جائز ؛ لأن التعبير بالعقوبات المالية أعم من أن يكون بأخذ المال ؛ إذ إنه يحتمل أن يكون بالإتلاف، أو التغيير ، وهذان جائزان ، فلزم أن يعبروا عن ذلك بقولهم : « التعزير بأخذ المال غيرجائز » [١] .

وتفصيل القول فى ذلك وفق ما يلى :

(أ)- التعزير بإتلاف المال الضار :

يتفق العلماء على مشروعية التعزير بإتلاف المال الضار [٢] .

فيجوز عند الفقهاء إتلاف آلات الملاهى [٣] ، ومثل ذلك أوعية الخمر ، فإنه يجوز تكسيرها ، وتحريقها، والحانوت الذى يباع فيه الخمر يجوز تحريقه [٤]. وهذا إن كان مسلماً يبيعها للمسلمين .

وثبت عن عمر بن الخطاب – رضى الله عنه – أنه أمر بتحريق حانوت كان يباع فيه الخمر لرويشد الثقفى ، وقال : إنما أنت فويسق

---

(١)- انظر : حاشية رد المحتار (٤/ ٦٢) ، وفتح القدير (٥/ ٣٤٥) .

(٢) – والأصل فى هذا قضاء النبى – صلى الله عليه وسلم - بقلع نخلة سمرة وقد سبق تفصيل القول فى ذلك .

(٣) – انظر : فصل ضوابط الضرر من هذا البحث ، مبحث : بيان الضابط الرابع .

(٤)-انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٨/ ١١٣،١١٧).

لا رويشد(١) .

وكذلك فإن أمير المؤمنين على بن أبى طالب أمر بتحريق قرية كان يباع فيها الخمر ، رواه أبو عبيدة وغيره (٢) .

ومما يشبه ذلك ما فعله عمر بن الخطاب حين رأى رجلاً قد شاب اللبن بالماء فأراقه عليه (٣) .

ونظير ذلك : جواز إتلاف المغشوشات فى الصناعات : مثل الثياب التى نسجت رديئًا ، فإنه يجوز تمزيقها ، وتحريقها (٤) . قال ابن تيمية : « وهذا كما يتلف من البدن المحل الذى قامت به المعصية ، فتقطع يد السارق ، وتقطع رجل المحارب ويده ، وكذلك الذى قام به المنكر (الضرر) فى إتلافه نهى عن العود إلى ذلك المنكر (الضرر) ، وليس إتلاف ذلك واجبًا على الإطلاق ، بل إذ لم يكن فى المحل مفسدة (مضرة) جاز إبقاؤه أيضًا : إما لله ، وإما أن يتصدق به » (٥) ، فإنه يكون انتفاع الفقراء بذلك أنفع من إتلافه .

وعلى هذا : فإذا لم يكن فى المحل مفسدة (مضرة) ، فإنه يجوز إبقاؤه على أن يبذل للمسلمين ؛ لينتفعوا به من جهة، ومن الجهة الثانية

---

(١)- انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٣).

(٢)- انظر : مجموع الفتاوى (٢٨/ ٢١٣).

(٣)- انظر : تبصرة الحكام (٢/ ٢٠٣).

(٤)- انظر : مجموع الفتاوى (٢٨/ ٢١٣).

(٥)- المصدر السابق .

وقد أجيب عن إتلاف عمر للبن المغشوش بأنه كان يغنى الناس بالعطاء ، فكان الفقراء عنده فى المدينة : إما قليلاً ، وإما معدومين . انظر : مجموع الفتاوى (٢٨/ ١١٣).

وقد يقال فى الجواب عن ذلك - أيضاً -: إنه علم أن الناس زمنه تعاف نفوسهم مثل هذا اللبن أن يشربوه أو أنه كان يكثر اللبن عندهم ، فلم تكن بهم حاجة إلى مثل هذا اللبن المغشوش .

تأديبًا لصاحبه بعدم إبقائه على ملكه، وذلك مثل الطعام المغشوش من الخبز ونحو ذلك ، يتصدق به على الفقراء، فذلك خير من إتلافه .

وتجدر الإشارة – هنا – إلى أن التعزير بالإتلاف على الغاش ونحوه «إلى ولى الأمر، فإذا لم ير ولى الأمر عقوبة الغاش بالصدقة، أو الإتلاف ، فلا بد أن يمنع وصول الضرر إلى الناس بذلك الغش: إما بإزالة الغش ، وإما ببيع المغشوش ممن يعلم أنه مغشوش ، ولا يغشه على غيره» (١) .

ومن هذا المنطلق فإنه يكون لولى الأمر الحق فى « **أن يتلف بعض الملكيات الخاصة حماية للناس مما يمكن أن تسببه لهم من ضرر**»(٢) ، ومن أمثلة ذلك ما نص عليه الفقهاء من تحريق الكتب المضلة وإتلافها (٣) ، «**ويقاس على ذلك كل المطبوعات الضارة من صور ، وكتابة، وغيرهما مما يمكن أن يتداول بين الناس ، فيؤدى إلى الإضرار بهم** (٤) » فإنه يشرع تحريق هذا وإتلافه ، ومثل ذلك المواد الضارة : كالأطعمة الفاسدة أو المسممة ، ونحوها .

(ب) التعزير بالتغيير :

المقصود بالتغيير هو إزالة كل ما كان من العين والتأليف المحرم (الذى يضر) :مثل تفكيك آلات الملاهي، وتغيير الصورة المصورة، وكسر العملة الجائزة بين المسلمين إذا كان فيها بأس : كأن تكون زيوفًا .

---

(١)-انظر مجموع الفتاوى (٢٨/ ١١٣)

(٢)-انظر: الملكية الفردية لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي (٣٢٣).

(٣)-انظر : الروضة للنووي (١٠/ ٢٥٩)، والطرق الحكمية (٣٦٣) ، وكشاف القناع (٤/ ١٣٣)، والفروع (٤/ ٥٢٤) ، ومنتهي الإرادات (٢/ ٤٣٢،٤٣٣).

(٤)- الملكية الفردية (٣٢٤).

ووجه ذلك : حديث عبد الله بن عمر- عند أبى داود- والذى فيه : « أن النبى - ﷺ - نهى عن كسر سكة المسلمين الجائزة بينهم إلا من بأس » [١] .

والحكمة فى النهى ما فى الكسر من الضرر بإضاعة المال ؛ لما يحصل من النقصان فى الدراهم ونحوها إذا كسرت وأبطلت المعاملة بها . هذا إذا لم تكن زيوفًا .

أما إذا كانت زيوفًا فإنها تغير بالكسر لتتميز؛ حتى يطلع على ذلك المتعاملون ، فلا يقع خداع، ومن ثم فلا يكون ضرر .

ومن ذلك - أيضًا - : ما رواه أبو هريرة - رضى الله عنه - بشأن الصورة المجسمة ، وغير المجسمة إذا لم تكن توطأ ، قال : قال رسول الله - ﷺ - : « أتانى جبريل فقال : إنى أتيتك الليلة، فلم يمنعنى أن أدخل عليك إلا أنه كان فى البيت تمثال رجل ، وكان فى البيت قرام : ستر فيه تماثيل ، وكان فى البيت كلب، فأمر برأس التمثال الذى فى البيت يقطع فيصير كالشجرة ، وأمر بالستر يقطع ، فيجعل فى وسادتين منتبذتين يوطآن ، ومر بالكلب فليخرج، ففعل رسول الله -ﷺ - وإذا بالكلب جرو للحسن والحسين تحت نضيد لهم » [٢] .

---

(١)- السنن مع العون (٩/ ٣١٨). كتاب الإجارة ، باب : « فى كسر الدراهم » . قال المنذرى : وأخرجه ابن ماجة ، وفى إسناده محمد بن قضاء الأزدى الحمصى البصرى المعبر للرؤيا ، كنيته : أبو بحر، ولا يحتج بحديثه .

(٢)- أخرجه أبو داود ، السنن مع العون (١١/ ٢١٤) كتاب اللباس ، باب : « فى الصور» . قال المنذرى : أخرجه الترمذى ، والنسائى ، وقال الترمذى : حسن صحيح .

وموضع الاستدلال قوله « فأمر برأس التمثال الذى فى البيت يقطع فيصير كالشجرة ، وأمر بالستر يقطع فيجعل فى وسادتين منتبذتين يوطآن » . فالنبى – ﷺ – غير الهيئة المحرمة فى التمثال بأن قطع رأسه فصار فى هيئة جديدة كالشجرة مما جعله حلالاً صالحًا للاستعمال ، وكذلك الشأن فى القرام (الستر) فإن النبى – ﷺ – أمر به فقطع ، فجعل فى وسادتين منتبذتين ، وذلك بحيث تكون التصاوير التى به قد طمست بهذا القطع، وصارت مهينة بأن جعلت في وسادتين منتبذتين توطآن ، فصار بهذا التغيير حلالاً صالحًا للاستعمال .

وهذا النظر محل اتفاق بين الفقهاء، وقد سبق أن فصل البحث القول بهذا الخصوص مما يغنى عن إعادته، وذلك فى المبحث الرابع من فصل ضوابط الضرر.

جـ- التعزير بأخذ المال (التغريم) :

وهذا هو محل الخلاف بين العلماء ، فبعضهم جوزه ، والبعض الآخر منع منه .

أما الذين جوزوه فاستدلوا بما روى أبو داود وغيره من أهل السنن عن النبى – ﷺ – فيمن سرق من الثمر المعلق قبل أن يؤوية إلى الجرين (أى : قبل أن يكون له حرز) : أن عليه جلدات نكال ، وغرمه مرتين [1] ، ومثله من سرق من الماشية قبل أن تؤوى إلى المراح : فعليه جلدات نكال، وغرمه مرتين .

---

(١)-السنن مع العون (١٢/ ٥٧)كتاب الحدود ، باب : « ما لاقطع فيه » ، وهو من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص .

قال ابن تيمية : « وكذلك قضى عمر بن الخطاب فى الضالة المكتومة : أنه يضعف غرمها ، وأضعف عمر وغيره الغرم فى ناقة أعرابى أخذها مماليك جياع ، فأضعف الغرم على سيدهم، ودرأ عنهم القطع»(١)

واستدلواكذلك بقضاء الرسول - ﷺ - بإباحة سلب من يصطاد فى حرم المدينة للذى يجده (٢) .

وبما قضى به من أخذ شطر مال مانع الزكاة ؛ عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى (٣) .

وهذا هو مشهور مذهب المالكية ، وذلك فى مواضع مخصوصة ؛ إذ يعزر - عندهم - بأخذ المال فى جرائم معينة : كما يباع على الغاش ما غش ، ويتصدق بالثمن أدبًا له (٤) .

وهو قول فى مذهب الشافعية (٥) .

وهذا - أيضًا - قول بعض الحنابلة (٦) .

---

(١)- مجموع الفتاوى (٢٨/ ١١٨). وانظر : مفردات الإمام أحمد (٢/ ٦٣٧)، والمحلى لابن حزم (١١/ ٣٢٤،٣٢٥).

(٢)- انظر : مسلم بشرح النووي (٣/ ٥١٤) كتاب الحج ، باب : « بيان فضل المدينة ، ودعاء النبي - صلى الله عليه وسلم - فيها بالبركة ، وبيان تحريمها ، وتحريم صيدها ، وشجرها ...» من حديث سعد بن أبي وقاص . قال القاضي عياض : ولم يقل به أحد بعهد الصحابة إلا الشافعي في قوله القديم ، وخالفه أئمة الأنصار ، قال النووي : ولا تضر مخالفته إذا كانت السنة معه

(٣)- تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٣)، والطرق الحكمية(٢٥٣).

(٤)- السابق . قال ابن فرحون : « والتعزير بالمال قال به المالكية ، ولهم فيه تفصيل ».

(٥)- انظر : حاشية الشيخ عميرة على شرح المنهاج (٤/ ٢٠٥)، وهو القول القديم للشافعي ، وانظر : حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج (٧/ ١٧٤).ط : بولاق .

(٦)- انظر : كشاف القناع (٦/ ١٢٥)، والفروع (٦/ ١١٠)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٢٠/ ٣٨٤)، والطرق الحكمية (٣٥١، وما بعدها).

وهو قول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة . قال في« الفتح » : وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال [1]

ومذهب الحنفية ، والشافعية في الجديد ، والحنابلة : أن التعزير بأخذ المال غير جائز [2] .

ووجه المنع عندهم : أن ذلك يفضي إلى تسليط الظلمة من الحكام على أخذ مال الناس فيأكلونه .

ولهم أن معنى التعزير بأخذ المال في القول به : أنه «**إمساك شيء من مال المعزر عنه مدة لينزجر ، ثم يعيده الحاكم إليه ، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه ، أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ؛ إذ لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي**» [3] .

ولهم أيضًا – كما في « شرح معاني الآثار » – : أن التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام ، ثم نسخ [4] .

وقد أجاب عن دعوى النسخ – هذه – بحق – ابن القيم –رحمه الله – وذلك حيث يقول : « ومن قال إن العقوبة المالية منسوخة فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلا واستدلالاً ، وليس بمسلم دعواه نسخها وفعل

---

(١)- انظر : فتح القدير (٥/ ٣٤٥).

(٢)- انظر الحنفية حاشية رد المحتار (٤/ ٦٢) ، وفتح القدير (٥/ ٣٤٥)، وانظر للشافعية : حاشية الشيخ عميرة علي شرح المنهاج (٤/ ٢٠٥)، وحاشية الشبراملسي علي نهاية المحتاج (٧/ ١٧٤)..ط : بولاق ، وهو الجديد من المذهب ، وانظر للحنابلة : الفروع (٦/ ١١٠)، وكشاف القناع (٦/ ١٢٤)، والأحكام السلطانية لأبي يعلي (١٩٥)

(٣)-انظر : حاشية رد المحتار (٤/ ٦١) ، قاله في « الشرنبلالية».

(٤)-انظر : حاشية رد المحتار (٤/ ٦٢) ، نقله عن الطحاوي .

الخلفاء الراشدين ، وأكابر الصحابة لها بعد موته - ﷺ - مبطل لدعوى نسخها، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ، ولا إجماع يصحح دعواهم إلا أن يقول أحدهم : مذهب أصحابنا لا يجوز ، فمذهب أصحابه عنده عيار على القبول والرد » [١] ، وليس بخاف أن ذلك لا يمكن أن يكون سبيلاً إلى النسخ . وبهذا فإنه يظهر صواب وجهة العلماء الذين قالوا بجواز التعزير بالتغريم لكنه - في نفس الوقت - لا يخفى وجاهة ما قال به الجمهور من سبب المنع مخافة « **أن ذلك يفضي إلى تسلط الظلمة من الحكام على أخذ مال الناس فيأكلونه** »، غير أن القائلين بجواز التعزير بأخذ المال (التغريم) قد استندوا في ذلك إلى ما دلت عليه النصوص ، وليس في نص منها أنه يجوز للحاكم أن يسلب الناس أموالهم هكذا مطلقًا بدعوى تعزيرهم .

وبناء عليه فإنه يظهر أن الجمهور قد بالغوا في الاحتراز من أن يتسلط الحكام الظلمة على أموال الناس إلى حد أنهم ذهبوا إلى المنع - مطلقًا- من التعزير بأخذ المال متجاوزين في ذلك النصوص الواردة بهذا الخصوص أو قائلين بنسخها ، وكان الأولى التوسط ، وذلك بالقول بمشروعيةالعقوبة بأخذ المال كما في المضار التي دلت عليها النصوص وما في معناها، وما فوق هذا مما لا يرضاه الشرع ويقع بسببه تسلط للظلمة على الأموال يقال بحرمته ويمنع منه ، لا أنه يطلق القول بالمنع من ذلك في جميع الأحوال ، ويقوى من هذا أنه يمكن ضبط تسلط الظلمة من الحكام على الأموال بأن يقنن هذا التغريم على نحو يمنع من إطلاق إيديهم وحصول تسلطهم ، وذلك بأن يختص التعزير بالتغريم بمضار محددة مما في معنى ما

---

(١)- انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ٢٠٣) ، والطرق الحكمية لابن القيم (٣٥٣).

وردت به النصوص ، وأن يكون وفق مقادير محددة لا يجاوزها إلى ما فوقها .

هذا هو ما ينتهى إليه النظر بخصوص التعزير بأخذ المال (التغريم)، والبحث ينتقل بعد ذلك إلى الحديث عن مشروعية التعزير بالحبس ، والنفى فى بعض المضار.

*** مشروعية التعزير بالحبس والنفى فى بعض المضار :**

يشرع التعزير بالحبس ، وقد نقل الزيلعى الإجماع على مشروعية ذلك [١]

كذلك فإنه يشرع التعزير بالنفي، والتغريب .

قال تعالى - : ﴿ **أَوْ يُنفَوْا مِنَ الأَرْضِ** ﴾ [٢] . فالآية ظاهرة فى مشروعية النفى (التغريب) ، وقيل : النفى الحبس [٣] .

ويستدل العلماء على هذا : بأن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كان يعزر بالنفى فى شرب الخمر إلى خيبر ، وثبت أنه نفى صبيغ بن عسل إلى البصرة ، وأخرج نصر بن حجاج إلى البصرة لما افتتن به النساء فى المدينة ؛ قطعًا للضرر [٤] .

هذا ومفهوم الحبس الشرعى « ليس هو السجن فى مكان ضيق ، وإنما هو تعويق الشخص ، ومنعه من التصرف بنفسه ، سواء كان فى

(١)- تبيين الحقائق (٤/ ١٧٩). (٢)- آية (٣٣) سورة المائدة .

(٣)- تبيين الحقائق (٤/ ١٩٧).

(٤)- انظر : البخارى مع الفتح (١٢/ ١٦٥،١٦٦)كتاب الحدود ، باب : « نفى أهل المعاصى والمخنثين »، والمبسوط (٩/ ٤٥)، وتبصرة الحكام (٢/ ٢٠٤)، والأحكام السلطانية للماوردى (٢٣٦)، والفروع (٦/ ١١٥).

بيت ، أو مسجد أو كان بتوكيل نفس الخصم ، أو وكيل الخصم عليه؛ ولهذا سماه النبي – صلى الله عليه وسلم – أسيراً»[1] ، فقد أخرج أبو داود وابن ماجة عن الهرماس بن حبيب عن أبيه قال : أتيت النبي – ﷺ – بغريم لي ، فقال لي : « الزمه » ، ثم قال : « يا أخا تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك ؟ » . وفي رواية ابن ماجة : « ثم مرَّ بي آخر النهار ، فقال : ما فعل أسيرك يا أخا بني تميم ؟ »[2] .

فهذا هو ما كان عليه الحبس على عهد النبي –ﷺ – ولم يكن على عهده – ﷺ – وعهد أبي بكر حبس معد لسجن الناس ، ولكن لما انتشرت الرعية في زمن عمر بن الخطاب ابتاع بملكه داراً ، وجعلها سجناً وحبس فيها[3] .

وعلى هذافإنه يشرع للإمام أونائبه العقوبة بالحبس[4] ، واتخاذ سجن معد لذلك ، ويشرع لهما العقوبة بالنفي (التغريب) – أيضًا – توصلاً بذلك إلى قطع المضار ودرء المفاسد .

---

(١)- مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٥/ ٣٩٨).

(٢)- سنن أبي داوود مع العون (٩/ ٥٦)كتاب الأقضية ، باب : « في الحبس في الدين وغيره »، وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢/ ٨١١)كتاب الصدقات ، باب : « الحبس في الدين والملازمة » .

(٣) انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٥/ ٣٩٨).

(٤)- والحبس في الفقه الإسلامي على نوعين :

١- حبس محدد المدة ،ويكون في الجرائم (المضار) التي ليست بالجسيمة ، والتي لاينم ارتكابها عن تأصل الإجرام في نفس الجاني، فالجاني – هنا ليس عائداً ، بل أجرم مبتدئًا . وهذا الحبس محدد بمدة أقلها يوم واحد ، وأكثرها مختلف فيه ، فقيل إنه شهر ، وقيل : شهران أو ثلاثة ، وقيل : ستة أشهر ، وقيل الأمر فيه مفوض للإمام ؛ إذ إن ذلك يختلف باختلاف المجرم وباختلاف الجريمة ، لكن ذلك بشرط أن لا تكون المدة المحددة أقصى مما يلزم فيبقى الجاني في السجن مدة تزيد عن اللازم بلامبرر ، فهذا ينافي مقتضيات العدالة التي جاءت بها الشريعة . =

وهكذا فإنه يظهر من مجموع ما ذكر من مختلف العقوبات التعزيرية: الوعظ ، فالتوبيخ ، فالضرب ، فالقتل سياسة ، فالإتلاف ، فالتغيير ، فالتغريم ، فالحبس ، فالنفي - أن الشريعة تقصد إلى ملاحقة محدثي الضرر كل بما يستحقه من العقاب ردعًا له في نفسه من ارتكاب المضار، وفي نفس الوقت تخويفا لمن تسول له نفسه الإقدام على إحداث الضرر ، فتضيق بذلك دائرة وقوع المضار ، هذا ومن الجهة الأخرى فإننا نلحظ حصول شفاء نفس المضرور وذهاب ألم قلبه بمعاقبة من أضر به، وهذا - كما لا يخفى - نوع إزالة للضرر الواقع به .

****

= وقد حدد بعض فقهاء الشافعية أنه يكون أقصى مما يلزم أن يصل الحبس إلى سنة قياسا للحبس على النفي والتغريب ، فعندهم أن التغريب تعزيراً لايصل إلى سنة ؛ لأن التغريب في حد الزنا سنة ، فينبغي أن لا يصل الحبس إلى سنة ، حتى لا يعاقب بعقوبة الحد في غير حد ، للحديث « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » .

٢- والنوع الثاني من الحبس غير محدد بمدة ، لكن ببلوغ غاية هي : أن يتوب الجاني وتظهر عليه أمارات ذلك صلاحا واستقامة في الأقوال والأعمال ، أو أن يموت ويختص هذا النوع من الحبس بالجرائم المتناهية الخطورة إما في ذاتها كما في بعض صور القتل التي ليس فيها قصاص أو حد مقدر كأن يمسك رجلاً لآخر ويحبسه له حتى يقتله ، وإما في ذات الجاني ، وذلك حيث تظهر نفسه الخطرة ، واعتياده على الإجرام مما يهدد المجتمع ، فيكون في حبسه حتى يتوب أو يموت دفع لضرره عن الناس ، وردع له وزجر .

انظر : الأحكام السلطانية للماوردي (٢٣٦) ، ولأبي يعلى (٢٩٢) ، والمغني (١٠/ ٢٧١ ، وما بعده) ، وتبيين الحقائق (٣/ ٢٢٥، ٢٢٦) ، والمبسوط (٩/ ١٦٦ : ١٦٩).

الفهارس

فهرس المراجع والمصادر

* **أولاً : القرآن الكريم :**

* **ثانيًا : كتب التفسير وعلوم القرآن :**

١- **«أحكام القرآن»** لأبي بكر : أحمد بن علي الرازي الجصاص - تحقيق: محمد الصادق قمحاوي . ط : دار إحياء التراث العربي- بيروت .

٢- **«أحكام القرآن»** لأبي بكر : محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، المتوفي سنة (٥٤٣هـ) - تحقيق : علي محمد البجاوي . ط : دار المعرفة - بيروت .

٣- **« أحكام القرآن »** لمحمد بن إدريس الشافعي ، جمع البيهقي . ط : دار الكتب العلمية - بيروت .

٤- **«بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز»** للفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب ، المتوفي (٨١٧هـ) - تحقيق الأستاذ: محمد علي النجار . ط : المجلس الأعلي للشئون الإسلامية ، الطبعة الثانية (١٤٠٦ - ١٩٨٦م) .

٥- **«تفسير القرآن العظيم»** المعروف بتفسير ابن كثير ، للإمام الجليل الحافظ : عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفي سنة (٧٧٤هـ) . ط : مكتبة الدعوة الإسلامية (١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م) .

٦- **«التفسير الكبير»** المعروف بمفاتيح الغيب ، للإمام فخر الدين أبي عبد الله محمد بن عمر بن حسين الرازي ، المتوفي سنة (٦٠٦هـ) . الطبعة الأولي - مطبعة عبد الرحمن محمد (المطبعة البهية) بالقاهرة .

٧- **« جامع البيان عن تأويل آي القرآن »** المعروف بتفسير الطبري ، لأبي جعفر محمد ابن جرير الطبري المتوفي سنة (٣١٠هـ) . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الثالثة (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) .

٨- **« الجامع لأحكام القرآن الكريم »** المعروف بتفسير القرطبي ، لأبي عبد الله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي . ط : دار الشعب .

٩- **« الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل »** للإمام محمود بن عمر الزمخشري ، المتوفي (٥٢٨هـ) ، رتبه وضبطه وصححه : مصطفي حسين أحمد . ط : دار الكتاب العربي - بيروت لبنان .

١٠- **« في ظلال القرآن »** للأستاذ سيد قطب . ط : دار الشروق ، الطبعة الثانية عشرة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .

*** ثالثًا : كتب السُّنة وشروحها :**

١١- **« إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام »** للإمام تقي الدين أبي الفتح المعروف بابن دقيق العيد ، المتوفي سنة (٧٠٢هـ) ، وهو ما أملاه علي الشيخ عماد الدين القاضي بن الأثير الحلبي ، والكتاب أربعة أجزاء في مجلدين ، وليست به إشارة إلي مطبعة أو تاريخ .

١٢- **« اختلاف الحديث »** للإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفي سنة (٢٠٤هـ) ، برواية الربيع بن سليمان المرادي ، مطبوع بهامش الجزء السابع من كتاب « الأم » . ط : دار الشعب .

١٣- **« إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل »** تأليف الشيخ : محمد ناصر الدين الألباني ، بإشراف : محمد زهير الشاويش . ط : المكتب الإسلامي .

١٤- «**بغية الألمعي في تخريج أحاديث الزيلعي**» حاشية نفيسة مهمة علي نصب الراية لأحاديث الهداية : من العالم المحقق والفاضل المحدث الشيخ عبد العزيز الديوبندي الفنجاني ، والفاضل محمد يوسف الكاملفوري ، والفاضل أحمد رضا ، والبنوري عفا الله عنه . ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت .

١٥- «**تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**» للإمام الحافظ : أبي العلي محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (المولود ١٢٨٣هـ ، والمتوفي ١٣٥٣هـ) ، أشرف علي مراجعة أصوله وتصحيحه : عبد الوهاب عبد اللطيف ، وقام بنشره : محمد عبد المحسن الكتبي صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة . مطبعة المعرفة - القاهرة ، الطبعة الثانية (١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م) .

١٦- «**تحفة الأشراف بمعرفة الأطراف**» للإمام الحافظ : جمال الدين أبي الحجاج يوسف بن الزكي عبد الرحمن بن يوسف المزي ، المتوفي سنة (٧٤٢هـ) ، طبعت تحت إشراف عبد الصمد شرف الدين بمساعدة وزارة المعارف الحكومية بالهند (حيدر آباد) ، ونشرته الدار الهندية بهيوندي بمباي الهند (١٤٠١هـ - ١٩٨١م) .

١٧- «**تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**» للحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمدَ بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني الشافعي ، تحقيق وتعليق الدكتور : شعبان محمد إسماعيل . ط : الكليات الأزهرية - القاهرة .

١٨- «**التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد**» تاليف الإمام الحافظ أبي عمر بن عبد البر الأندلسي (المولود ٣٦٨هـ ، والمتوفي

٤٦٣هـ)، حققه وعلق حواشيه وصححه الأستاذ : مصطفي بن أحمد العلوي ، والأستاذ : محمد عبد الكبير البكري . ط : مكتبة ابن تيمية بالهرم .

١٩- **«جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلم»** للإمام زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي ، المتوفي سنة (٧٩٥هـ) . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الخامسة (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م) .

٢٠- **«الجواهر اللؤلؤية في شرح الأربعين النووية»** لمحمد بن عبد الله الجرداني الدمياطي الشافعي . ط : المطبعة المليجية بمصر - الطبعة الثانية .

٢١- **«حاشية النبراوي علي الأربعين النووية»** للشيخ عبد الله بن محمد النبراوي . ط : المطبعة المصرية ببولاق سنة (١٢٩١هـ) .

٢٢- **«حلية الأولياء وطبقات الأصفياء»** للحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني ، المتوفي سنة (٤٣٠هـ) . ط : دار الريان للتراث ، الطبعة الخامسة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م) .

٢٣- **«سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام»** للشيخ الإمام محمد ابن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني ، المتوفي سنة (١١٨٢هـ) ، صححه وعلق عليه : محمد عبد العزيز الخولي . ط : مكتبة عاطف بالأزهر .

٢٤- **«سنن ابن ماجة»** للحافظ أبي عبد الله بن يزيد القزويني المتوفي سنة (٢٧٥هـ) ، حقق نصوصه ، ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه ، وعلق عليه : محمد فؤاد عبد الباقي .

٢٥- « **سنن أبي داود** » (المطبوعة مع « شرح عون المعبود » ، و« تهذيب السنن ») ، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عمران الذي ينتهي نسبه إلي أزد اليمن ، المتوفي عام (٢٧٥هـ) ، ضبط وتحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان ، الناشر : محمد عبد المحسن الكتبي صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، الطبعة الثانية (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) .

٢٦- « **سنن البيهقي** » (السنن الكبري) المطبوعة مع الجوهر النقي ، لإمام المحدثين الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفي سنة (٤٥٨هـ) . ط : دار الفكر - القاهرة .

٢٧- « **سنن الترمذي** » (المطبوعة مع تحفة الأحوذي) ، للإمام الحافظ أبي عيسي محمد ابن عيسي الترمذي ، المتوفي سنة (٢٧٩هـ) . الناشر : محمد عبد المحسن الكتبي صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٢٨- « **سنن الدارقطني** » لشيخ الإسلام علي بن عمر الدارقطني (المولود سنة ٣٠٦هـ ، والمتوفي سنة ٣٨٥هـ) . عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه محب السنة النبوية وخادمها السيد عبد الله هاشم يماني المدني - بالمدينة المنورة - الحجاز (١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م) . ط : دار المحاسن - القاهرة .

٢٩- « **سنن النسائي** » (المطبوعة مع « شرح السيوطي » ، و« حاشية السندي ») ، للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر بن سنان بن دينار النسائي ، المتوفي سنة (٣٠٣هـ) . ط : دار الفكر - بيروت ، الطبعة الأولي (١٣٤٨هـ - ١٩٣٠م) .

٣٠- « **شرح الأحاديث الأربعين للنووي** » للعلامة التفتازاني :

سعدالدين مسعود بن عمر التفتازاني . ط : سراويلي حافظ محمد ، سنة (١٣٢٣هـ) .

٣١- **« شرح السيوطي علي النسائي »** (المطبوعة مع « حاشية السندي » مفصولاً بينهما بجدول) ، للإمام جلال الدين عبد الرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد بن سابق الدين بن الفخر المعروف بالسيوطي ، المتوفي سنة (٩١١هـ) . ط : دار الفكر - بيروت ، الطبعة الأولي (١٣٤٨هـ - ١٩٣٠م) .

٣٢- **« شرح معاني الآثار »** للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ، المتوفي سنة (٣٢١هـ) . ط : دار الكتب العلمية - بيروت .

٣٣- **« شرح نجم الدين الطوفي لحديث : (لا ضرر ...) »** تحقيق الدكتور : مصطفي زيد - رحمه الله تعالي - . مطبوع مع كتاب « المصلحة في التشريع الإسلامي » للدكتور مصطفي زيد . ط : دار الفكر العربي ، الطبعة الأولي (١٣٧٤هـ - ١٩٥٤م) .

٣٤- **« شرح النووي علي صحيح مسلم »** (المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج) ، للإمام يحيي بن شرف بن مري حسن بن حسين بن حزام النووي الشافعي أبي زكريا محيي الدين ، المتوفي سنة (٦٧٦هـ) ، تحقيق وإشراف عبد الله أبو زينة . طبعة : دار الشعب ، وطبعة : دار الريان للتراث المصورة علي طبعة المكتبة المصرية ومطبعتها .

٣٥- **« صحيح البخاري »** (المطبوع مع فتح الباري) ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفي سنة (٢٥٦هـ) . ط : المطبعة السلفية ومكتبتها ، الطبعة الثانية (١٤٠٠هـ) .

٣٦- «**صحيح سنن ابن ماجة**» تأليف : محمد ناصر الدين الألباني، بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج - الرياض ، توزيع المكتب الإسلامي - بيروت .

٣٧- «**صحيح مسلم**» (المطبوع مع شرح النووي) ، للإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، المتوفي سنة (٢٦١هـ) . ط : دار الشعب ، وط : دار الريان للتراث .

٣٨- «**عمدة القاري شرح صحيح البخاري**» للعيني : أبي محمد محمود بن أحمد ، طبعة الحلبي ، الطبعة الأولي (١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م) .

٣٩- «**عون المعبود شرح سنن أبي داود**» (المطبوع مع «تهذيب السنن» لابن القيم) ، للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ضبط وتحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان، الناشر : محمد عبد المحسن الكتبي صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ، الطبعة الثانية (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) .

٤٠- «**فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري**» للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المتوفي سنة (٨٥٢هـ) . ط : المطبعة السلفية ومكتبتها بالروضة - القاهرة ، الطبعة الثانية (١٤٠٠هـ) .

٤١- «**فتح المبين لشرح الأربعين**» لأحمد بن حجر الهيتمي . ط : دار الكتب العلمية بيروت - لبنان (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م) .

٤٢- «**الفتوحات الوهبية بشرح الأربعين حديثًا النووية**» للشيخ إبراهيم بن مرعي الشبراخيتي المالكي . ط : المطبعة الأزهرية المصرية ، الطبعة الثانية (١٣٢٩هـ) .

٤٣- «فيض القدير شرح الجامع الصغير» لمحمد المدعو بعبد الرؤوف المناوي ، مطبعة مصطفي محمد (صاحب المكتبة التجارية الكبري بمصر) ، الطبعة الأولي (١٣٥٦هـ - ١٩٣٨م).

٤٤- «كشف المغطي في المعاني والألفاظ الواقعة في الموطا» للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور . ط : دار التونسية - تونس .

٤٥- «المبين المعين لفهم الأربعين» للعلامة المحدث الفقيه : علي بن سلطان محمد القاري الحنفي المتوفي (١٠٣٠هـ) . ط : مطبعة الجمالية بمصر ، الطبعة الأولي (١٣٢٨هـ - ١٩١٠م) .

٤٦- «المجالس السنية في الكلام علي الأربعين النووية» للشيخ : أحمد بن الشيخ حجازي الفشني . ط : المطبعة الأزهرية المصرية ، الطبعة الثانية (١٣٢٩هـ) .

٤٧- «مجمع الزوائد ومنبع الفوائد» للحافظ : نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، المتوفي (٨٠٧هـ) بتحرير الحافظين : العراقي ، وابن حجر . ط : دار الريان للتراث .

٤٨- «مختصر سنن أبي داود» (المطبوع مع «معالم السنن» ، و«تهذيب السنن») ، للحافظ عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله بن سلامة بن سعد ، زكي الدين أبو محمد المنذري، المتوفي (٦٥٦هـ)، تحقيق : الشيخ محمد حامد الفقي. ط : مكتبة السنة المحمدية- القاهرة.

٤٩- «المراسيل» للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، صاحب السنن ، المتوفي سنة (٢٧٥هـ) ، تحقيق : أحمد حسن جابر رجب . ط : مجلة الأزهر (١٤٠٩هـ) .

٥٠- **«المستدرك علي الصحيحين في الحديث»** (نسخة مصورة علي الطبعة الأصلية)، للحافظ الكبير إمام المحدثين : أبي عبد الله بن عبد الله محمد النيسابوري المعروف بالحاكم ، المتوفي سنة (٤٠٥هـ) .

٥١- **«مسند الإمام احمد بن حنبل»** للإمام أحمد بن حنبل بن هلال ، أبي عبد الله الشيباني ، المتوفي سنة (٢٤١هـ) . ط : المكتب الإسلامي ، المطبوع بهامشها : «كنز العمال» .

٥٢- **«المصنف»** للحافظ الكبير : أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (١٢٦هـ : ٢١١هـ) ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، توزيع: المكتب الإسلامي .

٥٣- **«المصنف»** تاليف : أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ، المتوفي سنة (٢٣٥هـ) ، تحقيق : مختار أحمد الندوي . ط : الهند ، الطبعة الأولي (١٤٠٣هـ) .

٥٤- **«معالم السنن»** (المطبوع مع «مختصر السنن» ، و«تهذيب السنن») ، للمحدث أبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي ، الخطابي ، المتوفي سنة (٣٨٨هـ) ، تحقيق : محمد حامد الفقي. ط : مكتبة السنة المحمدية - القاهرة .

٥٥- **«المنتقي شرح الموطأ»** تاليف : القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف سعد بن أيوب ابن وارث الباجي ، الأندلسي ، المالكي ، المتوفي سنة (٤٩٤هـ) . ط : دار السعادة بمصر ، الطبعة الأولي (١٣٣١هـ) .

٥٦- **«الموطأ»** لإمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس ، المتوفي (١٧٩هـ - ٧٩٥م) ، مطبوع مع شرح الباجي المسمي : المنتقي . طبعة : دار السعادة - مصر ، الطبعة الأولي (١٣٣١هـ)، وطبعة : دار الشعب

بتصحيح محمد فؤاد عبد الباقي .

٥٧- **«نصب الراية لأحاديث الهداية»** للإمام الحافظ البارع جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ، المتوفي سنة (٧٦٢هـ) . ط : دار إحياء التراث العربي .

٥٨- **«نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار»** للعلامة : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفي سنة (١٢٥٠هـ) ، تحقيق الأستاذين : طه عبد الرؤوف سعد ، ومصطفي محمد الهواري ، نشر : مكتبة الكليات الأزهرية .

*** رابعًا : كتب فى أصول الفقه :**

٥٩- **«الإبهاج في شرح المنهاج»** علي منهاج الوصول إلي علم الاصول للقاضي البيضاوي المتوفي (٦٨٥هـ) ، تاليف : شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي السبكي ، المتوفي سنة (٧٥٦هـ) ، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ، المتوفي سنة (٧٧١هـ) . ط : دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولي (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) .

٦٠- **«إحكام الفصول في أحكام الأصول»** للإمام الفقيه الأصولي : أبي الوليد سليمان ابن خلف الباجي ، المتوفي سنة (٤٧٤هـ) ، تحقيق ودراسة الدكتور : عبد الله محمد الجبوري . ط : مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولي (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م) .

٦١- **«الإحكام في أصول الأحكام»** تاليف سيف الدين أبي الحسين علي بن أبي علي ابن محمد الآمدي ، كتب هوامشه : الشيخ محمد بن إبراهيم العجوز . ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولي (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) .

٦٢- **«إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول»** تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفي (١٢٥٥هـ) . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الأولي (١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م) .

٦٣- **«أصول السرخسي»** للإمام الفقيه الأصولي النظار : أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، المتوفي (٤٩٠هـ) ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن - الهند . ط : دار المعرفة - بيروت .

٦٤- **«البرهان في أصول الفقه»** لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني (٤١٩هـ - ٤٧٨هـ) ، تحقيق الدكتور : عبد العظيم الديب ، الطبعة الأولي (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) دار الوفاء - المنصورة .

٦٥- **«التقرير والتحبير»** علي تحرير الكمال بن الهمام المتوفي (٨٦١هـ) في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية ، شرح العلامة المحقق ابن أمير حاج ، المتوفي سنة (٨٧٩هـ). ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، مصورة علي : الطبعة الأولي بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية (١٣١٦هـ) .

٦٦- **«التلويح علي التوضيح لمتن التنقيح»** المسمي بـ «التلويح في كشف حقائق التنقيح» ، وبـ «التلويح في حلّ غوامض التنقيح» ، تصنيف سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي المتوفي (٧٩٢هـ) ، وهو شرح علي التوضيح لمتن التنقيح : «تنقيح الأصول» ، للقاضي صدر الشريعة : عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي المتوفي (٧٤٧هـ). ط : محمد علي صبيح بمصر (١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م) .

٦٧- **«حاشية العطار علي شرح الجلال المحلي علي جمع الجوامع»** للشيخ حسن العطار ، مطبوع معه تقريرات الشيخ عبد الرحمن الشربيني علي جمع الجوامع ، وتقريرات الشيخ محمد بن علي بن حسين المالكي . ط : دار الكتب العلمية - بيروت .

٦٨- **«الرسالة»** للإمام المطلبي محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠هـ - ٢٠٤هـ) عن أصل الربيع بن سليمان المرادي ، كتبه في حياة الشافعي ، تحقيق وشرح : أحمد محمد شاكر . ط : مكتبة التراث - القاهرة ، الطبعة الثانية (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م) .

٦٩- **«رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام علي العرف»** لابن عابدين : محمد أمين ، مطبوعة ضمن رسائله . ط : عالم الكتب - بيروت .

٧٠- **«روضة الناظر وجنة المناظر»** في أصول الفقه علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لموفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي . ط : مكتبة الكليات الأزهرية - بالأزهر .

٧١- **«غاية الوصول شرح لب الأصول»** لشيخ الإسلام : أبي يحيي زكريا الأنصاري من أعلام الشافعية في القرن السابع الهجري ، مطبوع مع حواشي العلامة الشيخ محمد الجوهري ، وبهامشه المتن المذكور المسمَّي بـ «لب الأصول» وهو ملخص «جمع الجوامع في الأصول» لابن السبكي . ط: عيسي الحلبي - بمصر .

٧٢- **«فواتح الرحموت»** للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري ، وهو شرح لمسلم الثبوت في أصول الفقه ، للإمام المحقق الشيخ: محب الله بن عبد الشكور ، مطبوع بهامش المستصفي . ط : دار العلوم الحديثة - بيروت .

٧٣- «**المحصول في علم الأصول**» لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي ، دراسة وتحقيق : طه جابر فياض العلواني . ط : جامعة الإمام محمد بن سعود - السعودية .

٧٤- «**المستصفى من علم الأصول**» للإمام حجة الإسلام : أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، المتوفي (٥٠٥هـ) ، تحقيق وتعليق : محمد مصطفي أبو العلا . ط : مكتبة الجندي بالحسين بمصر .

٧٥- «**مسلم الثبوت**» في أصول الفقه ، للإمام المحقق : الشيخ محب الله بن عبد الشكور، مطبوع مع فواتح الرحموت بهامش المستصفي. ط : دار العلوم الحديثة - بيروت .

٧٦- «**الموافقات في أصول الشريعة**» لأبي إسحاق الشاطبي : إبراهيم بن موسي اللخمي الغرناطي المالكي ، المتوفي (٧٩٠هـ) ، مطبوع بهامشه تعليقات الشيخ عبد الله دراز : شيخ علماء دمياط . ط : دار المعرفة - بيروت .

٧٧- «**نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر**» للدَوْمي : الشيخ عبد القادر بن أحمد ابن مصطفي بدران الدَوْمي ثم الدمشقي ، مطبوعة مع روضة الناظر لابن قدامة المقدسي الدمشقي ، . طبعة : مكتبة الكليات الأزهرية - بالأزهر .

٧٨- «**نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلي علم الأصول**» للقاضي البيضاوي المتوفي ٦٨٥هـ ، المعروف بـ «شرح الإسنوي» ، للإمام جمال الدين الإسنوي المتوفي (٧٧٢هـ) ، مطبوع بهامش التقرير والتحبير. ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، مصورة علي الطبعة الأولي بالمطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية (١٣١٦هـ) .

* **خامساً : كتب القواعد الفقهية :**

٧٩- **« الأشباه والنظائر »** للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، المتوفي (٧٧١هـ) ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد عوض . ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولي (١٤١١هـ - ١٩٩١م) .

٨٠- **« الأشباه والنظائر علي مذهب أبي حنيفة النعمان »** للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم . ط : دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) .

٨١- **« الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية »** للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، المتوفي (٩١١هـ) . ط : عيسي البابي الحلبي .

٨٢- **« تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية »** للعلامة : محمد علي ابن حسين المكي ، المالكي ، مطبوع علي هامش الفروق للقرافي . ط : عالم الكتب - بيروت .

٨٣- **« شرح القواعد الفقهية »** تأليف : الشيخ أحمد الزرقاء . ط : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولي (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م) .

٨٤- **« غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم »** للحموي : السيد أحمد بن محمد الحنفي ، المتوفي (١٠٩٨هـ - ١٦٨٧م) . ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولي (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) .

٨٥- **« الفروق »** للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن

إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي ، المشهور بالقرافي . ط : عالم الكتب – بيروت .

٨٦– «**القواعد**» للحافظ ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، المتوفي سنة (٧٩٥هـ) . ط : دار المعرفة – بيروت .

٨٧– «**قواعد الأحكام في مصالح الأنام**» للعز بن عبد السلام : ابي محمد عز الدين عبد العزيز السُلمي ، المتوفي سنة (٦٦٠هـ) ، راجعه وعلق عليه : طه عبد الرؤوف سعد . ط : مكتبة الكليات الأزهرية – الصنادقية بمصر (١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م) .

٨٨– «**القواعد الفقهية**» تاليف سماحة آية الله العظمي السيد ميرزا حسن الموسوي اليحنوردي . ط : مطبعة الآداب في النجف الأشرف (١٣٨٩هـ – ١٩٦٩م) .

* **سادسًا : كتب الفقه الحنفى :**

٨٩– «**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**» لزين الدين إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر بن نجيم المتوفي (٩٦٩هـ) . ط : دار الكتاب الإسلامي .

٩٠– «**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**» تاليف الإمام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، الملقب بملك العلماء ، المتوفي سنة (٥٨٧هـ) . ط : دار الكتاب العربي – بيروت ، الطبعة الثانية (١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م) .

٩١– «**بداية المهتدي**» في الفقه علي مذهب الإمام ابي حنيفة النعمان ، مطبوع مع شرحه المسمي «الهداية» ، تاليف : شيخ الإسلام

برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ، المتوفي سنة (٥٩٣هـ) . ط : مكتبة ومطبعة عيسي البابي الحلبي - مصر .

٩٢- **«تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق»** لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي . ط : دار الكتاب الإسلامي ، مصورة علي طبعة المطبعة الأميرية ببولاق ، الطبعة الأولي سنة (١٣١٣هـ) .

٩٣- **«تحفة الفقهاء»** لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) ، حققه وعلق عليه الدكتور : محمد زكي عبد البر . ط : إدارة التراث الإسلامي بدولة قطر .

٩٤- **«تنوير الأبصار»** لشيخ الإسلام محمد بن عبد الله التمرتاشي الحنفي الغزي (٩٨٠هـ - ١٠٥٥هـ) ، وقد جمع فيه المؤلف المتون المعتبرة في المذهب الحنفي ، مطبوع مع شرحه «الدر المختار» بأعلي حاشية رد المحتار. ط : مصطفي البابي الحلبي وأولاده - بمصر ، الطبعة الثانية والثالثة

٩٥- **«الجامع الصغير»** لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (١٣٢هـ - ١٨٩هـ)، مطبوع مع شرحه «النافع الكبير» للعلامة أبي الحسنات عبد الحي اللكنوي، طبعة : عالم الكتب - بيروت ، الطبعة الأولي (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .

٩٦- **«جامع الفصولين»** لابن قاضي سماونه : محمود بن إسرائيل ، الطبعة الأولي ، المطبعة الكبري الميرية ببولاق مصر المحمية سنة (١٣٠٠هـ)

٩٧- **«حاشية رد المحتار»** لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان . ط : مصطفي البابي الحلبي - مصر ، الطبعة الثانية الثالثة .

٩٨- **«حاشية الشلبي علي تبيين الحقائق»** للشيخ الشلبي ، مطبوعة بهامش التبيين ، طبعة : دار الكتاب الإسلامي ، مصورة علي طبعة المطبعة الأميرية ببولاق ، الطبعة الأولي سنة (١٣١٣هـ) .

٩٩- **«حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار علي الدر المختار»** لمحمد علاء الدين أفندي نجل ابن عابدين. ط : مصطفي البابي الحلبي، الطبعة الثالثة (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).

١٠٠- **«حاشية المحقق سعدي چلبي»** علي شرح العناية لأكمل الدين البابرتي ، وعلي الهداية ، للمحقق سعد الله بن عيسي المفتي ، الشهير بسعدي چلبي ، وبسعدي أفندي ، المتوفي (٩٤٥هـ)، مطبوعة بهامش فتح القدير . ط : مصطفي البابي الحلبي، الطبعة الأولي (١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م) .

١٠١- **«حاشية منحة الخالق علي البحر الرائق»** للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين ، مطبوعة بهامش البحر الرائق . ط : دار الكتاب الإسلامي .

١٠٢- **«الحواشي الرئيقة والتعاليق الأنيقة علي جامع الفصولين»** لخير الدين الرملي ، الطبعة الأولي ، المطبعة الكبري الميرية ببولاق مصر المحمية سنة (١٣٠٠هـ) .

١٠٣- **«الخراج»** للقاضي أبي يوسف : يعقوب بن إبراهيم (١١٣هـ - ١٨٢هـ) ، طبعة المكتبة السلفية - القاهرة ، الطبعة الخامسة (١٣٩٦هـ) .

١٠٤- **«درر الحكام شرح مجلة الأحكام»** لعلي حيدر الرئيس الأول لمحكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية ، تعريب

المحامي : فهمي الحسيني . ط : دار الجيل – بيروت ، الطبعة الأولي (١٤١١هـ - ١٩٩١م) .

١٠٥- «الدر المختار شرح تنوير الأبصار» للحصكفي : علاء الدين محمد بن علي (١٠٢٥هـ - ١٠٨٨هـ) ، مطبوع مع حاشية ابن عابدين . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الثانية ، والثالثة (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) .

١٠٦- «الرد علي سير الأوزاعي» للقاضي أبي يوسف : يعقوب بن إبراهيم (١١٣هـ - ١٨٢هـ) ، تصحيح وتعليق : أبو الوفا الأفغاني ، نشر: حيدر آباد الدكن – الهند .

١٠٧- «شرح الأدلة الأصلية علي مجلة الأحكام العدلية» لمحمد سعيد مراد الغزي ، طبعة : حكومة دولة دمشق (١٣٤٠هـ - ١٩٢٤م) .

١٠٨- «شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني» للسرخسي : شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي سهل أبي بكر (شمس الأئمة) ، المتوفي سنة (٤٨٢هـ) . طبعة : دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد بالهند ، الطبعة الأولي (١٣٣٥هـ) ، وطبعة جامعة الدول العربية – معهد البحوث والدراسات العربية .

١٠٩- «شرح المجلة» لسليم رستم باز اللبناني . ط : دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الثالثة .

١١٠- «العناية علي الهداية مع فتح القدير» شرح علي الهداية للبابرتي : أكمل الدين محمد بن محمود (٧١٠هـ : ٧٨٦هـ / ١٣١٠م : ١٣٨٤م) ، مطبوع مع فتح القدير . ط : مصطفي البابي الحلبي .

١١١- «الفتاوي البزازية» وهي المسماة بالجامع الوجيز ، للشيخ الإمام حافظ الدين محمد ابن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز

الكردري الحنفي ، المتوفي (٨٢٧هـ) مطبوعة مع الفتاوي الهندية . ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الرابعة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .

١١٢- «**فتاوي قاضيخان**» للإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني الحنفي ، المتوفي سنة (٥٩٢هـ) ، مطبوعة مع الفتاوي الهندية . ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الرابعة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .

١١٣- «**الفتاوي الهندية**» المسماة بالفتاوي العالمكيرية ، تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، بأمر السلطان أبي المظفر محيي الدين محمد أورنك زيب بهادر عالمكير . ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت ، الطبعة الرابعة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .

١١٤- «**فتح القدير**» لابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ثم القاهري (٧٩١هـ : ٨٦١هـ / ١٣٨٨م : ١٤٥٧م) .ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الأولي (١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م) .

١١٥- «**لسان الحكام في معرفة الأحكام**» للشيخ الإمام أبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة ، الحنفي، مطبوع مع معين الحكام للطرابلسي، طبعة : مصطفي الحلبي ، الطبعة الثانية (١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م) .

١١٦- «**المبسوط**» لشمس الدين السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل أبي بكر (شمس الأئمة) المتوفي سنة (٤٨٢هـ) . ط : دار المعرفة - بيروت .

١١٧- «متن القدوري» لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي (٣٦٢هـ : ٤٢٨هـ/٩٧٢م : ١٠٣٧م) . ط : مصطفي الحلبي .

١١٨- «مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر» تاليف الفقيه المحقق عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي المتوفي (١٠٧٨هـ) . ط : دار إحياء التراث - بيروت .

١١٩- «مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان» تاليف العلامة أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي . ط : المطبعة الخيرية المنشاة بجمالية مصر المحمية ، الطبعة الأولي (١٣٠٨هـ) .

١٢٠- «مختصر الطحاوي» لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الحجري الطحاوي (٢٢٩هـ : ٣٢١هـ / ٨٤٣م : ٩٣٣م) ، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني ، طبعة : دار الكتاب العربي- القاهرة (١٣٧٠هـ) .

١٢١- «معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام» للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الثانية (١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م) .

١٢٢- «الهداية شرح بداية المبتدي» للمرغيناني : شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر (٥٩٣هـ / ١١٩٧م). ط : مصطفي الحلبي .

*** سابعًا : كتب الفقه المالكي :**

١٢٣- «أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك» لجامعه : أبي بكر بن حسن الكشناوي . ط : دار الفكر - بيروت ، الطبعة الثانية .

١٢٤- **«بداية المجتهد ونهاية المقتصد»** للشيخ : أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق : الدكتور محمد سالم محيسن ، والدكتور شعبان محمد إسماعيل . ط : مكتبة الكليات الأزهرية (١٩٨٢م) .

١٢٥- **«بلغة السالك لأقرب المسالك إلي مذهب الإمام مالك»** تأليف : الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي علي الشرح الصغير للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير . ط : مصطفي الحلبي، الطبعة الأخيرة (١٣٧٢هـ- ١٩٥٢م) .

١٢٦- **«البهجة في شرح التحفة»** لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، وهو شرح علي الأرجوزة المسماة بـ«تحفة الحكام» التي هي من أجل ما ألف في علم الوثائق والإبرام لابن عاصم الأندلسي . ط : دار الفكر للطباعة .

١٢٧- **«البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة»** لأبي الوليد بن رشد القرطبي المتوفي سنة (٥٢٠هـ) ، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية لمحمد العتبي القرطبي المتوفي (٢٥٥هـ) ، تحقيق الدكتور : محمد حجي . ط : دار الغرب الإسلامي .

١٢٨- **«تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام»** تأليف : الشيخ الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري ، المتوفي سنة (٧٩٩هـ) . ط : المطبعة العامرة الشرفية بمصر المحمية ، الطبعة الأولي سنة (١٣٠١هـ) .

١٢٩- **« تحفة الحكام »** أرجوزة في علم الوثائق والإبرام للقاضي

أبي بكر : محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي ، مطبوعة بهامش البهجة . ط : دار الفكر - بيروت .

١٣٠- **« جواهر الإكليل شرح مختصر خليل »** للشيخ : صالح عبد السميع الآبي الأزهري . ط : دار إحياء الكتب العربية لصاحبها : عيسى البابي الحلبي .

١٣١- **« حاشية البناني علي شرح الزرقاني لمتن خليل »** للشيخ : محمد البناني ، مطبوعة مع شرح الزرقاني . ط : دار الفكر - بيروت .

١٣٢- **« حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير »** للشيخ : محمد عرفة الدسوقي ، المتوفي سنة (١٢٣٠هـ) . ط : عيسي البابي الحلبي .

١٣٣- **« حاشية الرهوني علي شرح الزرقاني علي خليل »** لمحمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني . ط : " المطبعة الاميرية ببولاق مصر المحمية ، الطبعة الأولي (١٣٠٦هـ) .

١٣٤- **« حاشية العدوي علي شرح الخرشي »** للشيخ : علي بن أحمد الصعيدي العدوي المالكي . ط : دار صادر - بيروت .

١٣٥- **« حاشية المدني »** لمحمد بن المدني علي كنون ، مطبوعة بهامش حاشية الرهوني علي شرح الزرقاني لمتن خليل . ط : المطبعة الأميرية ببولاق مصر المحمية ، الطبعة الأولي (١٣٠٦هـ) .

١٣٦- **« الخرشي علي مختصر سيدي خليل »** للشيخ : أبي عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، المتوفي (١١٠١هـ) . ط : دار صادر - بيروت .

١٣٧- **« شرح الزرقاني علي خليل »** للشيخ عبد الباقي الزرقاني ، المتوفي سنة (١٠٩٩هـ) . ط : دار الفكر - بيروت .

١٣٨- **«الشرح الصغير علي أقرب المسالك»** للقطب الشهير : أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، المتوفي سنة (١٢٠١هـ) ، مطبوع بهامش بلغة السالك . ط : دار المعرفة - بيروت .

١٣٩- **«الشرح الكبير علي مختصر خليل»** للقطب الشهير : أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي . طـ : عيسي البابي الحلبي .

١٤٠- **«شرح المواق علي مختصر خليل»** المسمي : «التاج والإكليل لمختصر خليل» لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق ، والمتوفي في رجب (٨٩٧هـ) ، مطبوع بهامش «مواهب الجليل للحطاب» ، طبعة : دار الفكر ، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) .

١٤١- **«العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام»** للشيخ الفقيه : أبي محمد عبد الله بن سلمون الكناني ، المتوفي سنة (٧٤١هـ) ، مطبوع بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون . ط : المطبعة العامرة الشرفية بمصر المحمية ، الطبعة الأولي سنة (١٣٠١هـ) .

١٤٢- **«قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية»** تأليف : محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي ، المتوفي (٧٤١هـ) . ط : دار الفكر .

١٤٣- **«الكافي في فقه المدينة المالكي»** لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، المتوفي (٤٦٣هـ) . ط : دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الثانية (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م) .

١٤٤- **«مختصر خليل»** للشيخ : خليل بن إسحاق بن موسي بن شعيب المعروف بالجندي، المتوفي سنة (٧٦٩هـ)، وقيل : سنة (٧٧٦هـ)، صححه وعلق عليه : الشيخ طاهر أحمد الزاوي (من علماء طرابلس) . ط : دار إحياء الكتب العربية ، لصاحبها عيسي الحلبي .

١٤٥- **«المدونة الكبري»** للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم . ط : دار الفكر - بيروت .

١٤٦- **«المعيار المعرب والجامع المغرب في فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب»** لأحمد بن يحيي الونشريسي ، المتوفي بفاس (٩١٤هـ) ، إشراف الدكتور : محمد حجي . ط : دار الغرب الإسلامي - بيروت (١٤٠١هـ - ١٩٨١م) .

١٤٧- **«معين الحكام علي القضايا والأحكام»** لقاضي الجماعة بتونس : أبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع ، المتوفي (٧٣٣هـ)، تحقيق الدكتور : محمد بن قاسم بن عياد، طبعة : دار الغرب الإسلامي .

١٤٨- **«مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام»** للإمام : أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفي سنة (٥٢٠هـ) ، مطبوعة مع المدونة . ط : دار الفكر - بيروت .

١٤٩- **«مواهب الجليل لشرح مختصر خليل»** تاليف إمام المالكية في عصره : أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ، المتوفي (٩٥٤هـ) . ط : دار الفكر ، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) .

* **ثامنًا : كتب الفقه الشافعى :**

١٥٠- **«الأحكام السلطانية في الولايات الدينية»** تاليف : أبي الحسن علي بن محمد ابن حبيب الماوردي ، المتوفي (٤٥٠هـ) . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الثالثة (١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م) .

١٥١- **«أسني المطالب شرح روض الطالب»** لإمام أهل زمانه بلا نزاع زين الملة والدين أبي يحيي زكريا الأنصاري الشافعي . الناشر : المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ .

١٥٢- **«الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع»** للشيخ : محمد الشربيني الخطيب ، مطبوع مع حاشية خاتمة المحققين الشيخ سليمان البجيرمي ، المسماة : بـ«تحفة الحبيب علي شرح الخطيب» . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الأخيرة (١٣٧٠هـ - ١٩٥١م) .

١٥٣- **«الأم»** تاليف : الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠هـ : ٢٠٤هـ = ٧٦٧م : ٨١٩م) . ط : دار الشعب عن طبعة بولاق (١٣٢١هـ) .

١٥٤- **«تحفة المحتاج بشرح المنهاج»** للإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ، مطبوعة مع حاشيتي الشيخ : عبد الحميد الشرواني ، والشيخ أحمد بن قاسم العبادي . ط : دار الفكر للطباعة والنشر .

١٥٥- **«التنبيه في الفقه علي مذهب الإمام الشافعي»** تأليف : أبي إسحاق إبراهيم ابن علي بن يوسف الشيرازي الفيروز آبادي ، المتوفي سنة (٤٧٦هـ) ، مطبعة : مصطفي البابي الحلبي ، الطبعة الأخيرة (١٣٧٠هـ - ١٩٥٠م) .

١٥٦- **«حاشية ابن قاسم العبادي علي تحفة المحتاج»** للشيخ : أحمد بن قاسم العبادي المتوفي (٩٩٤هـ) مطبوعة مع تحفة المحتاج . ط : دار الفكر للطباعة والنشر .

١٥٧- **«حاشية أبي الضياء الشبراملسي علي نهاية المحتاج»** للشيخ : نور الدين علي ابن علي الشبراملسي القاهري ، المتوفي سنة (١٠٨٧هـ) ، مطبوعة مع نهاية المحتاج . طبعة : مصطفي الحلبي - مصر ، وطبعة : بولاق .

١٥٨- **«حاشية البجيرمي»** للشيخ سليمان البجيرمي المسماة : بـ «تحفة الحبيب علي شرح الخطيب» . ط : مصطفي الحلبي ، الطبعة الأخيرة (١٣٧٠هـ - ١٩٥١م) .

١٥٩- **«حاشية الرشيدي علي نهاية المحتاج»** لاحمد بن عبد الرازق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي ، المتوفي (١٠٩٦هـ) ، مطبوعة مع حاشية الشبراملسي علي نهاية المحتاج . طبعة : مصطفي البابي الحلبي ، وطبعة : بولاق .

١٦٠- **«حاشية الشرواني علي تحفة المحتاج»** للشيخ عبد الحميد الشرواني ، مطبوعة مع تحفة المحتاج . ط : دار الفكر للطباعة والنشر .

١٦١- **«حاشية الشهاب الرملي علي أسني المطالب»** لابي العباس أحمد الرملي الكبير الانصاري ، تجريد الأستاذ الكبير ، الشيخ : محمد بن أحمد بن الشوبري . ط : المكتبة الإسلامية لصاحبها : الحاج رياض الشيخ .

١٦٢- **«حاشية عميرة علي شرح جلال الدين المحلي علي منهاج الطالبين»** للمحقق المدقق الشيخ عميرة ، مطبوعة مع حاشية قليوبي علي

الشرح المذكور . ط : دار إحياء الكتب العربية لصاحبها فيصل عيسي البابي الحلبي .

١٦٣- **«حاشية قليوبي علي شرح جلال الدين المحلي علي منهاج الطالبين»** لشهاب الدين القليوبي . ط : دار إحياء الكتب العربية لصاحبها : فيصل عيسي البابي الحلبي .

١٦٤- **«روضة الطالبين وعمدة المفتين»** للنووي : أبي زكريا يحيي بن شرف الدين المتوفي (٦٧٦هـ) . ط : المكتب الإسلامي ، إشراف : زهير الشاويش .

١٦٥- **«شرح منهاج الطالبين»** للعلامة : جلال الدين محمد بن أحمد المحلي المصري ، مطبوع بهامش حاشيتي : قليوبي ، وعميرة عليه . ط : دار إحياء الكتب العربية لصاحبها : عيسي البابي الحلبي .

١٦٦- **«فتح العزيز شرح الوجيز»** وهو الشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفي (٦٢٣هـ) ، مطبوع مع «المجموع» للنووي ، و«التلخيص الحبير» لابن حجر . ط : دار الفكر .

١٦٧- **«فتح الوهاب بشرح منهاج الطلاب»** للقاضي زكريا الأنصاري ، مطبوع بهامش حاشية البجيرمي علي المنهاج . ط : المطبعة الاميرية ببولاق مصر المحمية .

١٦٨- **«المجموع شرح المهذب»** للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، المتوفي سنة (٦٧٦هـ) بتكملتيه ، الأولي : لابن السبكي، والثانية : للشيخ محمد نجيب المطيعي . ط : دار الفكر .

١٦٩- **«مختصر المزني»** للإمام : أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيي

المزني ، الشافعي ، المتوفي سنة (٢٦٤هـ) ، مطبوع بهامش «الأم» . ط : دار الشعب – مصر .

١٧٠– **«مغني المحتاج إلي معرفة ألفاظ المنهاج»** لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، المتوفي سنة (٩٧٧هـ) . ط : مصطفي البابي الحلبي (١٣٧٧هـ – ١٩٥٨م) .

١٧١– **«المهذب في فقه المذهب الشافعي»** تأليف : أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المتوفي (٤٧٦هـ) . ط : مصطفي البابي الحلبي ، الطبعة الثالثة (١٣٩٦هـ – ١٩٧٦م) .

١٧٢– **«نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج في الفقه علي مذهب الإمام الشافعي – رضي الله عنه–»** لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين ، الرملي ، المنوفي ، المصري ، الأنصاري ، الشهير بالشافعي الصغير ، المتوفي سنة (١٠٠٤هـ) . طبعة : مصطفي البابي الحلبي ، وطبعة : بولاق .

١٧٣– **«الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي»** لحجة الإسلام أبي حامد الغزالي، طبعة : دار المعرفة – بيروت (١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م) .

*** تاسعًا : كتب الفقه الحنبلي :**

١٧٤– **«الأحكام السلطانية»** للقاضي : أبي يعلي محمد بن الحسين الفراء الحنبلي ، تحقيق المرحوم : محمد حامد الفقي . ط : دار الكتب العلمية – بيروت .

١٧٥– **«الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علي مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل»** تأليف : مصحح المذهب ومنقحه شيخ الإسلام

العلامة الفقيه المحقق علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (٨١٧هـ - ٨٨٥هـ) ، صححه وحققه : الشيخ محمد حامد الفقي . ط : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م) .

١٧٦- **«تصحيح الفروع»** للشيخ الإمام العلامة : علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي . ط : عالم الكتب - بيروت ، الطبعة الرابعة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)

١٧٧- **«الشرح الكبير علي متن المقنع»** للشيخ الإمام العالم العامل شيخ الإسلام وقدوة الأنام ، بقية السلف الكرام : شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن الشيخ الإمام أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة ، المتوفي (٦٨٢هـ) ، مطبوع مع المغني شرح مختصر الخرقي لابن قدامة . ط : دار الكتب العلمية - بيروت .

١٧٨- **«شرح منتهي الإرادات»** لشيخ الإسلام : منصور بن يونس البهوتي ، المتوفي سنة (١٠٥١هـ) . ط : دار الفكر ، وطبعة : دار العروبة.

١٧٩- **«العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل»** لبهاء الدين عبد الرحمن المقدسي الشيباني . ط : دار الفكر - بيروت .

١٨٠- **«غاية المنتهي في الجمع بين الإقناع والمنتهي»** للشيخ : مرعي بن يوسف الحنبلي المتوفي سنة (١٠٣٣هـ)، الطبعة الأولي بدمشق.

١٨١- **«الفروع»** للإمام شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح ، المتوفي سنة (٧٦٣هـ) . ط : عالم الكتب - بيروت ، الطبعة الرابعة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م) .

١٨٢- **«كشاف القناع عن متن الإقناع»** للشيخ : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي مصطفي

هلال ، الناشر : مكتبة النصر الحديثة – الرياض .

١٨٣– **«المبدع شرح المقنع»** لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي (٨١٦هـ – ٨٨٤هـ). ط : المكتب الإسلامي .

١٨٤– **«مجلة الأحكام الحنبلية»** لأحمد القاري ، تحقيق : عبد الوهاب أبي سليمان ، ومحمد إبراهيم علي . ط : مطبوعات تهامة – جدة (١٤٠١هـ – ١٩٨١م) .

١٨٥– **«المحرر في الفقه علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل»** للشيخ الإمام مجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية (٥٩٠هـ –٦٥٢هـ) ، تحقيق : محمد حامد الفقي . ط : مطبعة السنة المحمدية (١٣٦٩هـ – ١٩٥٠م) .

١٨٦– **«مختصر الخرقي»** تأليف أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ، مطبوع مع شرحه «المغني» . ط : دار الكتب العلمية – بيروت .

١٨٧– **«المغني علي مختصر الخرقي»** لشيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المتوفي (٦٢٠هـ) ، طبعة : دار الكتب العلمية – بيروت ، وطبعة : مكتبة القاهرة لصاحبها الشيخ : علي يوسف .

١٨٨– **«منار السبيل في شرح الدليل علي مذهب الإمام المبجل : أحمد بن حنبل»** تأليف : الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ، تحقيق : زهير الشاويس . ط : المكتب الإسلامي ، الطبعة السادسة (١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م) .

١٨٩- **«المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد»** للشيخ منصور بن يونس البهوتي ، تحقيق ودراسة : الدكتور عبد الله بن محمد عبد الرحمن المطلق . ط : دار إحياء التراث الإسلامي - قطر .

*** عاشراً : كتب الفقه الظاهرى :**

١٩٠- **«المحلي»** لابن حزم : أبي محمد علي بن أحمد سعيد ، المتوفي سنة (٤٥٦هـ) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر . ط : دار التراث - القاهرة .

*** حادى عشر : كتب فقه الشيعة الزيدية :**

١٩١- **«البحر الزّخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار»** لأحمد بن يحيي بن المرتضي، المتوفي (٨٤٠هـ) . الناشر : دار الكتاب الإسلامي - القاهرة ، بإشراف عبد الله محمد الصديق (الغماري) ، وعبد الحفيظ سعد عطية .

١٩٢- **«السيل الجرار المتدفق علي حدائق الأزهار»** لمحمد بن علي الشوكاني (١١٧٣هـ - ١٢٥٠هـ) ، تحقيق : قاسم غالب أحمد ، ومحمود أمين النواوي ، ومحمود إبراهيم زايد ، وبسيوني رسلان . ط : المجلس الأعلي للشئون الإسلامية - جمهورية مصر العربية .

*** ثانى عشر : كتب فقه الشيعة الإمامية :**

١٩٣- **«الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية»** لزين الدين الجبعي العاملي ، المعروف بالشهيد الثاني ، المتوفي سنة (٩٦٥هـ) . ط : مطابع دار الكتاب العربي بمصر (١٣٧٨هـ) .

١٩٤- **«شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام»** لأبي القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن ، الملقب بـ «المحقق الحلي» ، المتوفي سنة (٦٧٦هـ). ط : دار الأضواء - بيروت .

* **ثالث عشر : كتب الفقه العام :**

١٩٥- **«إحياء علوم الدين»** للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفي (٥٠٥هـ) . ط : دار الريان للتراث .

١٩٦- **«اختيارات ابن تيمية»** لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية (٧٢٦هـ - ٧٦٧هـ) ، شرح وتحقيق : أحمد موافي . ط : دار الصفا - القاهرة ، الطبعة الأولي (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م) .

١٩٧- **«الاعتصام»** للعلامة المحقق الأصولي النظار الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسي بن محمد اللخمي الشاطبي الغرناطي . ط : دار عمر بن الخطاب - الإسكندرية .

١٩٨- **«أعلام الموقعين عن رب العالمين»** لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، مراجعة : طه عبد الرؤوف سعد . ط : مكتبة شقرون (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م) .

١٩٩- **«الإفصاح عن معاني الصحاح»** لابن هبيرة الوزير : عون الدين أبي المظفر يحيي ابن محمد ، المتوفي (٥٦٠هـ) . ط : المؤسسة السعيدية بالرياض .

٢٠٠- **«الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»** لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية، المتوفي سنة (٧٢٨هـ) . ط : المكتبة القيمة - القاهرة .

٢٠١- «**الأموال**» لأبي عبيد القاسم بن سلام (١٥٧هـ : ٢٢٤هـ / ٧٧٤م : ٨٣٨م)، طبعة : مؤسسة ناصر للثقافة - بيروت ، الطبعة الأولى نوفمبر (١٩٨١م) .

٢٠٢- «**حجة الله البالغة**» للمحقق الشيخ أحمد المعروف بشاه ولي الله بن عبد الرحيم المحدث الدهلوي . ط : دار التراث - القاهرة .

٢٠٣- «**زاد المعاد في هدي خير العباد**» للعلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الفقيه ، الشهير بابن قيم الجوزية ، المتوفي (٧٥١هـ)، طبعة : المطبعة المصرية .

٢٠٤- «**الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**» لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الشهير بابن قيم الجوزية . طبعة : مكتبة المدني ، تحقيق: الدكتور جميل غازي ، وطبعة : مكتبة السنة المحمدية .

٢٠٥- «**غياث الأمم في التياث الظلم**» المشهور بـ«الغياثي» لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني (٤١٩هـ - ٤٧٨هـ) ، تحقيق الدكتور : عبد العظيم الديب ، مطبعة نهضة مصر ، الطبعة الثانية (١٤٠١هـ) .

٢٠٦- «**الفتاوي الكبري**» لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية ، المتوفي (٧٢٨هـ)، قدم له وعرف به : الشيخ حسنين مخلوف . ط : دار المعرفة - بيروت .

٢٠٧- «**مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية**» جمع وترتيب : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي ، وابنه محمد . ط : إدارة المساحة العسكرية - القاهرة ، سنة (١٤٠٤هـ) .

*** رابع عشر : كتب وبحوث معاصرة فى الفقه الإسلامى وأصوله :**

٢٠٨- **«ابن حنبل حياته وعصره وآراؤه وفقهه»** للشيخ محمد أبي زهرة . ط : دار الفكر العربي .

٢٠٩- **«أبو حنيفة ...»** للشيخ محمد أبي زهرة . ط : دار الفكر العربي ، الطبعة الأولي (١٩٤٥م) .

٢١٠- **«أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام»** للدكتور : عبد الكريم زيدان ، طبعة : مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثانية(١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) .

٢١١- **«أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية»** للدكتور : حامد سلطان . طبعة : الهيئة المصرية العامة للكتاب (١٩٧٨م) .

٢١٢- **«أسبوع الفقه الإسلامي»** للشيخ محمد أبي زهرة . ط : المجلس الأعلي للشئون الإسلامية - القاهرة .

٢١٣- **«أصول التشريع الإسلامي»** للشيخ علي حسب الله ، الطبعة السادسة (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م) ، نشر : دار المثقف العربي .

٢١٤- **«أصول الفقه الإسلامي»** للدكتور : وهبة الزحيلي . ط : دار الفكر - دمشق ، الطبعة الأولي (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .

٢١٥- **«تاريخ الفقه الإسلامي»** للدكتور : محمد يوسف موسي . ط : دار الكتاب العربي بمصر ، الطبعة الثانية (١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م) .

٢١٦- **«التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي»** تاليف الأستاذ عبد القادر عودة . ط : مكتبة دار القضاء - ١٩٨٤م .

٢١٧- **«التعسف في استعمال الحق»** للدكتور : محمد شوقي السيد . ط : الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٧٩م .

٢١٨- **«الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده»** للدكتور : فتحي الدريني . ط : مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثالثة .

٢١٩- **«ضمان العدوان في الفقه الإسلامي»** تاليف الدكتور : محمد أحمد سراج ، طبعة : دار الثقافة ، الطبعة الأولي (١٤٠٩هـ- ١٩٨٩م) .

٢٢٠- **«الضمان في الفقه الإسلامي»** للشيخ علي الخفيف . ط : معهد البحوث والدراسات العربية - ١٩٧١م .

٢٢١- **«ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي»** للدكتور : سليمان محمد أحمد ، الطبعة الأولي (١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م) ، مكتبة المجلد العربي بالأزهر .

٢٢٢- **«ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية»** للدكتور : محمد سعيد رمضان البوطي . ط : مؤسسة الرسالة - الطبعة الخامسة .

٢٢٣- **«العلاقات الدولية في الإسلام»** للشيخ محمد أبي زهرة . ط : دار الفكر العربي- القاهرة .

٢٢٤- **«العلاقات الدولية في الإسلام»** لوهبة الزحيلي . ط : مؤسسة الرسالة - بيروت .

٢٢٥- **«الفعل الضار والضمان فيه»** للشيخ مصطفي أحمد الزرقا . ط : دار القلم - دمشق ، الطبعة الأولي (١٤٠٩هـ- ١٩٨٨م) .

٢٢٦- **«الفقه الإسلامي»** للدكتور: أحمد يوسف سليمان . ط : مكتبة النصر - القاهرة .

٢٢٧- **«الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام**

...» للشيخ مصطفي أحمد الزرقا . ط :" دار الفكر (١٩٦٧م – ١٩٦٨م) .

٢٢٨– **«الفقه الإسلامي وأدلته»** لوهبة الزحيلي . ط : دار الفكر – دمشق ، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م) .

٢٢٩– **«في أحكام الأسرة دراسة مقارنة»** للدكتور : محمد بلتاجي حسن . ط : مكتبة الشباب ، الطبعة الثانية .

٢٣٠– **«في المجتمع الإسلامي»** للشيخ محمد أبي زهرة . ط : مطبعة يوسف – القاهرة .

٢٣١– **«قواعد العلاقات الدولية في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية»** للدكتور : جعفر عبد السلام . ط : مكتبة السلام العالمية ، الطبعة الأولي (١٤٠١هـ – ١٩٨١م) .

٢٣٢– **«المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية»** للدكتور : عبد الكريم زيدان . ط : دار عمر بن الخطاب – الإسكندرية .

٢٣٣– **«المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية»** للشيخ محمود شلتوت ، مطبعة الأزهر .

٢٣٤– **«مصادر الحق في التشريع الإسلامي»** للدكتور : عبد الرزاق السنهوري . ط : جامعة الدول العربية – معهد البحوث والدراسات العربية سنة (١٩٦٧م) .

٢٣٥– **«المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي»** للدكتور : مصطفي زيد . ط : دار الفكر العربي ، الطبعة الأولي (١٣٧٤هـ – ١٩٥٤م) .

٢٣٦- «**مقاصد الشريعة الإسلامية**» للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، نشر : الشركة التونسية للتوزيع .

٢٣٧- «**الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي**» للدكتور: محمد بلتاجي حسن . ط : مكتبة الشباب - القاهرة .

٢٣٨- «**الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**» للشيخ محمد أبي زهرة . ط: دار الفكر العربي بمصر .

٢٣٩- «**مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري**» للدكتور : محمد بلتاجي حسن . ط : جامعة الإمام محمد بن سعود - المملكة العربية السعودية .

٢٤٠- «**نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**» للدكتور : فتحي الدريني . ط : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) .

٢٤١- «**نظرية الضرورة الشرعية**» للدكتور : وهبة الزحيلي . ط : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الرابعة .

٢٤٢- «**نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها**» لجميل محمد بن مبارك . ط: دار الوفاء .

٢٤٣- «**نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي**» للدكتور : يوسف قاسم. ط : مكتبة النهضة العربية- القاهرة .

٢٤٤- «**نظرية الضمان**» للدكتور : وهبة الزحيلي . ط : دار الفكر، الطبعة الأولي سنة (١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م) .

* **خامس عشر : كتب التراجم والسير :**

٢٤٥- **«الاعلام للزركلي»** قاموس تراجم لاشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين ، تأليف : خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس ، لبناني المولد ، دمشقي الابوين (المولود سنة ١٣١٠هـ ، والمتوفي سنة ١٣٩٦هـ) . ط : دار العلم للملايين - بيروت .

٢٤٦- **«طبقات الحنابلة»** للقاضي : أبي الحسين محمد بن أبي يعلي، الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .

٢٤٧- **«معجم المؤلفين»** تراجم مصنفي الكتب العربية ، تأليف : عمر رضا كحالة . ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٢٤٨- **«مناقب الإمام الاعظم أبي حنيفة ...»** للموفق بن أحمد المكي الخوارزمي ، طبعة : دائرة المعارف النظامية بحيدر آباد الدكن - الهند (١٣٢١هـ) .

* **سادس عشر : كتب اللغة والمعاجم :**

٢٤٩- **«التعريفات»** معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء ، والمتكلمين ، والنحاة ، والصرفيين ، والمفسرين ، وغيرهم ، تأليف : السيد الشريف علي بن محمد بن علي السيد الزين أبي الحسن ، الحسيني الجرجاني الحنفي (٧٤٠هـ - ٨١٦هـ) . ط : مصطفي الحلبي (١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م) .

٢٥٠- **«تهذيب اللغة»** لابي منصور محمد بن أحمد الازهري ، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، مراجعة : علي محمد البجاوي . ط : الدار المصرية للتاليف والترجمة .

٢٥١- «**لسان العرب**» لابن منظور : جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن علي ابن حبقة بن منظور (٦٣٠ : ٧١١هـ) ، تحقيق وترتيب : عبد الله علي الكبير ، ومحمد أحمد حسب الله ، وهاشم محمد الشاذلي . ط : دار المعارف - القاهرة .

٢٥٢- « **مختار الصحاح** » للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، عني بترتيبه : محمود خاطر . ط : الهيئة المصرية العامة للكتاب .

٢٥٣- «**المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**» للفيومي : أحمد بن محمد بن علي المقري ، المتوفي سنة (٧٧٠هـ) ، تحقيق الدكتور : عبد العظيم الشناوي ، طبعة : دار المعارف - القاهرة .

٢٥٤- «**النهاية في شرح غريب الحديث والأثر**» لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ، المعروف بابن الأثير ، المتوفي سنة (٦٠٦هـ) ، تحقيق : أحمد الزاوي ، ومحمود محمد الطناحي . ط : دار إحياء الكتب العربية - عيسي البابي الحلبي

فهرس الآيات القرآنية

الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
(سورة الكهف)		
﴿... فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر...﴾	٢٩	٣٧١
(سورة طه)		
﴿أفلا يرون ألا يرجع إليهم قولاً...﴾	٨٩	٣١
﴿... فنسي ولم نجد له عزماً...﴾	١١٥	٦٦٩
(سورة الأنبياء)		
﴿قال أفتعبدون من دون الله...﴾	٦٦	٣١
﴿ففهمناها سليمان...﴾	٧٩	١٠١٦
﴿... وأيوب إذا نادى ربه أني مسني الضر...﴾	٨٣	٢٩
﴿فاستجبنا له فكشفنا ما به من ضر...﴾	٨٤	٢٩
(سورة الحج)		
﴿يدعو من دون الله ما لا يضره...﴾	١٢، ١٣	٣١
﴿أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا...﴾	٣٩، ٤٠	٣٧٦
﴿... وما جعل عليكم في الدين من حرج...﴾	٧٨	٦٦٦
(سورة المؤمنون)		
﴿ولو رحمناهم وكشفنا ما بهم من ضر...﴾	٧٥	٢٥
﴿أفحسبتم أنما خلقناكم عبثاً...﴾	١١٥	٤١٩
(سورة النور)		
﴿... ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء...﴾	٣٣	٦٣٠

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
«إن الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة...»	٨٧١
«إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه...»	٤٩
«إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان...»	٣٣٤، ٦٨٣
«إن لله تعالىٰ تسعةً وتسعين اسماً...»	٦١
«إنما أنت مضار...»	٣٠٢
«إنه لم تكن فتنة في الأرض منذ ذرأ الله ذرية آدم...»	٦٥
«إني أرسلت بحنيفية سمحة...»	٦٦٧
«إني لا أخيس بالعهد...»	٤٠٢
«أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسبت...»	١٣٠
«أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها...»	٣٥٠
«أن عليه جلدات نكال وغرمه مرتين...»	١٠٤٤
«أن النبي ﷺ احتجم وهو محرم...»	٦٩
«أن النبي ﷺ استسلف بعيراً ورد مثله...»	١٠١٧
«أن النبي ﷺ أمر بوضع الحوائج...»	٥٨٠
«أن النبي ﷺ قضىٰ في الجائحة...»	٥٩٠
«أن النبي ﷺ أمر بضرب الذي أحلت له امرأته...»	١٠٣٤
«أن النبي ﷺ أمره أن يأخذ مدية...»	٨٧٧
«أن النبي ﷺ كان يقبل وهو صائم...»	٥١٧
«أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع تمر النخل حتىٰ تزهو...»	٥٨٠
«أن النبي ﷺ نهىٰ كسر سكة المسلمين...»	١٠٤٣
«أهرق الخمر واكسر الدنان...»	٨٧٠
ـ حرف الباء ـ	
«بم تأخذ مال أخيك بغير حق...»	٥٨٢
«بم تستحل مال أخيك...»	٥٨٢
ـ حرف التاء ـ	
«تصدقوا عليه...»	٥٨٣
«تقول لك المرأة...»	١٤٨

ـ حرف النون ـ